



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.34-2019-00708-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLFONDOS S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 17 de noviembre de 2021 proferida Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuento de gastos de administración, declaro válida la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas (01:01:50 archivo "20Audiencia art. 80 CPT y SS").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Fls 34 a 40).**

JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA solicitó declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, ordenar el traslado de todos

los aportes, activar la afiliación en el RAIS, reconocer la pensión de vejez, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 12 de marzo de 1960; que el 04 de julio de 2000, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, AFP la cual no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, solo le indicaron las ventajas de trasladarse a dicho fondo, pero nunca sus desventajas, por lo que el derecho a obtener una pensión digna se encuentra frustrado debido al traslado de régimen.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones al afirmar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación. Aceptó el hecho relativo a la edad del afiliado y señaló no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones y las administradoras de seguridad social de orden público y la genérica (fls. 47 a 67).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y la afiliación al RAIS. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe e innominada o genérica (*pág. 4 a 20 archivo “08. Contestación COLFONDOS (fls. 257 a 360)”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:19:15 archivo “16. CITA AUDIENCIA ARTS. 77-80 CPT Y SS”).

El 17 de noviembre de 2021, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…). **PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del acto del traslado del señor JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., el 1 de octubre de 2000 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. **TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual COLFONDOS S.A., proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial. **QUINTO: ABSOLVER** en lo demás. **SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa. **SÉPTIMO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del CPT y SS. **OCTAVO:** Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia. (...)”

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado realizado por el demandante al RAIS. En caso afirmativo verificar la procedencia de la restitución de todos los valores obtenidos por Colfondos.

Para resolver indicó que conforme la H. CSJ, las AFP deben acreditar el cumplimiento de su deber de información y asesoría, lo cual no logró demostrarse, por lo que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuentos, reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Afirmó que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva consecuencias de su patrimonio y afecta la sostenibilidad financiera del sistema, que si bien existe un criterio jurisprudencial, cada caso debe analizarse en concreto y no se puede exonerar al demandante del deber de informarse para realizar el cambio de régimen pensional dado que de su elección dependía su futuro pensional, que el demandante fue negligente frente a este aspecto y no hizo uso de las figuras del retracto o de la rescisión, que tampoco es viable la condena en costas por cuanto sus actuaciones han sido todas con fundamento legal. (*min. 01:19:10 archivo “16. CITA AUDIENCIA ARTS. 77-80 CPT Y SS”*).

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** solicitó revocar el fallo parcialmente en cuanto la devolución de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima. Alegó que estos dineros ya fueron acaecidos en pro y beneficio del demandante, teniendo en cuenta la teoría de las restituciones mutuas y no se puede desconocer el trabajo que realizó el fondo de pensiones para el manejo de la cuenta del ahorro individual para generar los rendimientos; que el demandante estuvo amparado para

los riesgos de invalidez, vejez y muerte a través de un tercero de buena fe por lo que estos dineros no ingresaron a las arcas del fondo de pensiones; que el porcentaje de pensión de garantía mínima no hace parte integrante para el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, motivo por el cual se está desconociendo todas las coberturas que tuvo el DTE, y se estaría generando un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.

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 al doctor Julián Enrique Aldana Otalora, identificado con CC 80.032.677 y TP 236.927 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó se absuelva a dicha entidad, reafirmando los argumentos elevados en su recurso de apelación e incluyendo aspectos adicionales que no se fueron objeto de la apelación. Las demás partes no efectuaron pronunciamiento.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos

planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA** nació el 12 de marzo de 1960 (fl.21); **ii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a **COLFONDOS S.A.** el 04 de julio de 2000, AFP donde sigue vinculado (fl. 26 y 27 y aceptado por Colfondos en la contestación). **iii)** Con ocasión de la prueba de oficio decretada por la Sala en providencia del 19 de agosto de 2022 (*carpeta segunda instancia archivo “07AutoDecretaPruebaOficio”*), **COLPENSIONES**, en correo del 02 de septiembre siguiente, allegó historia laboral que da cuenta que el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 23 de julio de 1992 al 30 de agosto de 2000, cotizando 191,67 semanas (*carpeta segunda instancia archivo “09HistoriaLaboral”*).

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

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General

de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

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

(…)”

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019, SL4025 de 2021, SL1891 de 2022, entre otras, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de

cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

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

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle que su pensión en la AFP iba a ser mucho mejor y que en la AFP podía pensionarse más rápido, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

Frente la súplica de **COLPENSIONES** de revocar la condena a costas de primera instancia advierte la Sala que, si bien dicha Entidad no tuvo injerencia directa en el acto de traslado, se opuso abiertamente a las pretensiones, formuló excepciones y ejerció una defensa activa contra las suplicas de la **DEMANDANTE**, siendo vencida en juicio, por ende, no resulta desproporcionada o irrazonable la decisión del *a quo* de condenar en costas, razón por la cual esta Sala confirmará la misma. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

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

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

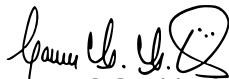
CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JORGE ALVARO RAMIREZ FONSECA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

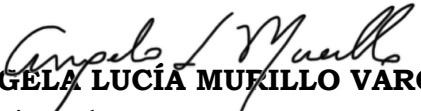
RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2019 00708 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 35-2021-00035-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora, (01:02:19 archivo “30. PROCESO 2021-00035-20220218_081245”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 3 a 9, archivo “01 DEMANDA y ANEXOS”)**

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

PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado a Colpensiones de los aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional que haya a lugar y se disponga su actualización en la historia laboral, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de julio de 1961, fue afiliada inicialmente al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de febrero de 1996 hasta el 31 de octubre de 1999 y se trasladó al RAIS en la AFP Porvenir el 09 de septiembre de 1999; al momento del traslado el asesor comercial de la AFP Porvenir no le brindó información clara completa y oportuna de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS; se trasladó nuevamente a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. en el mes de julio de 2004 y a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 18 de octubre de 2005; que la AFP PORVENIR le realizó una simulación pensional arrojando como resultado una mesada pensional que equivaldría a la suma de \$1.651.900 mientras que en el RPM la mesada ascendería a la suma de \$6.480.994, por lo que el 13 de agosto de 2020 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones al afirmar que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE. Aceptó los hechos relativos a la afiliación en el RPM, la edad de la demandante y la

radicación de la reclamación administrativa, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 1 39, archivo “16 - 11001310503520210003500 CONTESTACION”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la afiliación al RAIS. Indicó que la afiliación de la demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (*pág. 1 a 33, archivo “14 - CONT 2021 035 CARMEN CECILIA CANDANOZA VS PORVENIR S.A.”*).

Y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, asegurando que conforme con los formularios de vinculación que suscribió la señora CARMEN CECILIA CANDANOZA JIMÉNEZ, dichos actos se realizaron en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Aceptó los hechos relativos a los traslados realizados entre AFP y la edad de la demandante. Formuló 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la genérica (pág. 1 a 22, archivo “15 - 2021-035 CARMEN CECILIA CANDANOZA”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
(01:02:19 archivo “30. PROCESO 2021-00035
20220218_081245”)

El 18 de febrero de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO:** SE DECLARA LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora CARMEN CECILIA CANDANOZA JIMÉNEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrador por la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia se ordena a este fondo de pensiones, en donde está actualmente afiliada, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses y sus rendimientos. **SEGUNDO:** SE CONDENA a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A a pagar cada una con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció afiliada en cada uno de estos fondos, como se advirtió en la parte motiva de la sentencia. **TERCERO:** SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a afiliar nuevamente o volver a afiliar a CARMEN CECILIA CANDANOZA JIMÉNEZ al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. **CUARTO:** CONDENAMOS EN COSTAS a PORVENIR, señalamos como agencias en derecho \$500.000,*

*que se incluyen en la liquidación de costas, sin costas para COLPENSIONES y para PROTECCIÓN. **QUINTO:** En caso no apelarse la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que la estudie en consulta.*

Para resolver indicó que conforme con el precedente jurisprudencial de la SL CSJ constató que la demandante se trasladó a Porvenir en septiembre de 1999 por lo que la carga de la prueba la tiene dicha entidad de demostrar que le dio la información para que adoptara la decisión que le fuera más favorable; que no se demostró con suficiencia los actos de relacionamiento por lo que persiste la insuficiencia de la información, independiente de la condición económica, cultural o intelectual de la DEMANDANTE, y declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, ordenando a Porvenir y Protección a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y a Colpensiones a recibir a la demandante en RPM y condenó en costas a Porvenir.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que no es fundamento de la sentencia la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que establece la ineficacia del traslado, que Colpensiones fue ajeno al acto de afiliación y al deber de información de la AFP y no se debe aplicar disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría; que la calidad de la demandante como Juez Promiscuo Municipal de Puerto López, al momento del traslado, y posteriormente como Fiscal Local si le exige tener un conocimiento previo en todas las áreas del derecho, no solo en el área penal, y en el interrogatorio alega un desconocimiento de la norma a fin de beneficiarse así misma; que la ineficacia del traslado y su retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. De confirmarse el fallo, solicita se autorice a COLPENSIONES para que

obtenga por las viales judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se causen por asumir la obligación de la DTE en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin (01:24:53 *archivo “30. PROCESO 2021-00035 20220218_081245”*).

Igualmente, la demandada **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia. Señaló que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso, y expresaba que la actora hacía costar que realizaba de forma libre espontánea y sin presiones la escogencia del RAIS habiendo sido asesorada de los aspectos de este, conforme lo exigía el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; que Porvenir siempre le garantizó a la demandante el derecho al retracto, conducta que se probó con la publicación que se realizó en el diario El Tiempo en el año 2004, sin que la actora hiciera uso de esa facultad; que con la declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad con la que contaba la demandante según jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-341 de 2006; que no procede la condena de devolución de los gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también se descuenta este concepto en el RPM, dichos gastos no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción; y que ordenar el traslado de los gastos de administración genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones pues no existe norma que disponga tal devolución, por lo que debe ordenarse a la demandante a restituir los frutos financieros que fueron consignados en su Cuenta de Ahorro Individual por tratarse de restituciones mutuas (01:29:10 *archivo “30. PROCESO 2021-00035 20220218_081245”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE**,

solicitó confirmar el fallo al afirmar que existe suficiente material probatorio para que se concedan las pretensiones de la demanda. Por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.**, solicitó revocar el fallo aduciendo que el acto de afiliación goza de plena validez, no se cumplen los requisitos de nulidad o ineficacia y no se alegaron ni se demostraron en el proceso. En caso de confirmarse la ineficacia del traslado, solicitó no se ordene la devolución de los gastos de administración, porque se trata de un cobro legal que procede en ambos regímenes y porque se genera un enriquecimiento sin justa causa y además son prescriptibles. Y finalmente, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, identificada con CC 1.049.614.551 y TP 246.554 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó revocar el fallo, reafirmando los argumentos elevados en el recurso de apelación. Durante el término del traslado PROTECCIÓN guardó silencio.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **CARMEN CECILIA CANDANOZA JIMÉNEZ** nació el 06 de julio de 1960 (*pág. 12 archivo “01 DEMANDA y ANEXOS”*); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 22 de febrero de 1996 (*pág. 16 archivo “01 DEMANDA y ANEXOS”*); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 09 de septiembre de 1999, efectivo desde el 1° de noviembre de 1999 (*Pág. 34 y 37 archivo “14 - CONT 2021 035 CARMEN CECILIA CANDANOZA VS PORVENIR S.A.”*), posteriormente se trasladó en el RAIS a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 31 de mayo de 2004, efectivo desde el 1° de julio de 2004 (*Pág. 31 y 32 archivo “15 - 2021-035 CARMEN CECILIA CANDANOZA”*), y finalmente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 18 de octubre de 2005, efectivo desde el 1° de diciembre de 2005, donde sigue vinculada (*Pág. 34 y 38 archivo “14 - CONT 2021 035 CARMEN CECILIA CANDANOZA VS PORVENIR S.A.”*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar al RPM todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, sus rendimientos, los gastos de administración, a activar la afiliación en el RPM y condenó en costas a PORVENIR. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** y **PORVENIR** presentaron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre traslado de régimen pensional.**

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*”.

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que conforme con la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4° del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios

normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la **AFP PORVENIR** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle que su pensión en la AFP iba a ser más alta, que la AFP era lo mejor y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada

régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

También se modificará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

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

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero del fallo de segunda instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de las **AFP DEMANDADAS** los valores aludidos en el ordinal segundo del fallo de primera instancia, modificado por el ordinal primero de esta providencia, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARMEN CECILIA CANDANOZA JIMENEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2021 00035 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37-2020-00053-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PROTECCIÓN S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 26 de mayo de 2022 del Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, absolvió a **PORVENIR S.A.** y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (30:17 archivo “30.3Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivos “0 1. Escrito demanda” y “4. Subsanción”).

MARCO AURELIO SAMPER VILLALOBOS solicitó declarar nulo o ineficaz su afiliación y traslado al RAIS y traslado de AFP, traslado del saldo de su CAIP, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS en noviembre de 1984 y cotizó 555,14 semanas, que en noviembre de 1997 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y

en mayo de 2011 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 22 de octubre de 2019 agotó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** y las **AFP DEMANDADAS**, las cuales fueron rechazadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó la reclamación administrativa. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS y entre AFP, no obstante, alegó que el **DEMANDANTE** no allegó prueba alguna de causal de nulidad o ineficacia, sin embargo, toda información sobre los regímenes pensionales es de conocimiento público por estar consagrada en la Ley, además el retorno al RPM afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y no procede por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (archivos “6. Contestación” y “16. Subsanción”)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, que la AFP publicita el RAIS, la fecha de traslado al RAIS y que negó la solicitud de nulidad o ineficacia del traslado. Indicó que su actividad comercial es de buena fe y sus asesores tienen todo el conocimiento técnico sobre el sistema pensional, por lo cual el **DEMANDANTE** recibió asesoría objetiva, responsable y clara sobre el sistema y sus regímenes, a fin de que pueda realizar una valoración sobre la conveniencia del traslado y decidió afiliarse a la AFP, consentimiento informado del que dejó constancia por escrito, por lo cual no hay causal de nulidad o

ineficacia que permita acceder a las pretensiones, más aún cuando deberes comparativos por escrito y mediante proyecciones solo iniciaron con la Ley 1748 de 2014. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional y la genérica (archivos “8. Contestación” y “17. Subsanación”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que AFP HORIZONTE no tenía ningún vínculo con **PORVENIR S.A.** para 2011. Indicó que al momento del traslado del afiliado a AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, los asesores brindaron asesoría completa sobre el RAIS y el RPM, con énfasis en que el sistema RAIS es de ahorro individual donde la pensión depende del capital acumulado, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomo la decisión libre e informada de traslado de AFP, sin que exista causal de ineficacia o nulidad de dicho acto jurídico. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivos “14. Contestación” y “18. Subsanación”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (30:17 archivo “30.3 Audiencia”).

El 26 de mayo de 2022, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor MARCO ARTURO SAMPER VILLALOBOS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en su momento administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 19 de noviembre de 1997; en consecuencia, se declara valida la afiliación del DEMANDANTE en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, a transferir con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado e igualmente los costos cobrados por administración en los periodos que duró su afiliación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **CUARTO: COSTAS** a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, por Secretaría serán tasados y liquidados en la respectiva oportunidad procesal. **QUINTO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación; en consecuencia, absolver a **PORVENIR S.A.** de las pretensiones invocadas en su contra. **SEXTO:** Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, conforme se ordenó en la parte motiva de la decisión. (...)."

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ la selección de régimen pensional presupone una libertad informada, por lo cual las AFP deben acreditar el cumplimiento diligente de su deber de información y buen consejo, para lo cual no basta la firma del formulario de afiliación, sin que en el presente asunto se acreditara dicha carga, por lo cual declaró ineficaz el traslado, no condenó a **PORVENIR S.A.** porque ya retornó el saldo de la CAIP por el traslado de AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que el deber de información de las AFP existe desde 1993 pero se intensificó con la Ley 1328 de 2009 y se volvió un deber de asesoría y buen consejo, alcance que no era exigible a la fecha del traslado, más aún cuando las características de cada régimen pensional están en la Ley 100 de 1993, norma de alcance nacional cuya ignorancia no se puede alegar a favor, tampoco se acreditó vicio del consentimiento al momento del traslado y era imposible conocer los aportes futuros para hacer una proyección pensional, sin que la inconformidad en el monto pensional sea causal de ineficacia y además no obedece al capricho de

la AFP sino a las reglas consagradas en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del RPM debido a la variación del porcentaje de cotización, la falta de contribución al fondo común y obliga a los otros afiliados a contribuir en la financiación de la pensión del **DEMANDANTE** quien nunca aportó en el RPM. De forma subsidiaria, de confirmarse el fallo, reclamó no ser condenada en costas porque **COLPENSIONES** no tuvo injerencia en el traslado al RAIS y confirmar la condena a devolver aportes, rendimiento y gastos de administración para paliar la afectación a la sostenibilidad financiera (33:08 archivo “30.3Audiencia”).

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración y rendimientos, ya que la ineficacia del traslado al RAIS implica que dicho acto no existió y aplicar dicha tesis de manera uniforme y no parcializada contra la AFP implicaría reconocer que el **DEMANDANTE** siempre estuvo en el RPM y no habría rendimiento ni gastos de administración del RAIS o considerar que si hay devolución de aportes sin descuento alguno pero la AFP conservaría los rendimientos, en todo caso, en el RPM también se descuentan los gastos de administración porque son un cobro legal, por lo cual ordenar a la AFP su devolución afecta los principios de legalidad y confianza legítima y causa un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** y una doble condena a la AFP y como los rendimientos son superiores a los aportes beneficiaría al **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** a costa del patrimonio de la AFP (36:57 archivo “30.3Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a derecho y la jurisprudencia. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** solicitó acceder a su recurso de apelación, alegando que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y que no se puede alegar la propia culpa a favor y

el afiliado no acreditó ninguna causal de nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las pretensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema. De otra parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar el fallo, alegando que no tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen declarado nulo, por lo cual no está llamada a asumir ninguna condena, mucho menos a la devolución de gastos de administración. Agotado el término, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **MARCO AURELIO SAMPER VILLALOBOS** nació el 06 de

septiembre de 1964 (Pág. 35 archivo “8. Contestación”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS, cotizando 370,86 semanas (Pág. 62 archivo “8. Contestación”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** del 19 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 1º de enero de 1998 (Pág. 31 y 38 archivo “8. Contestación”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP COLMENA mediante formulario de afiliación del 1º de febrero de 2000, efectivo desde el 1º de abril de 2000 (Pág. 32 y 38 archivo “8. Contestación”), luego se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE mediante formulario de afiliación del 25 de mayo 2011, efectivo a partir del 1º de julio de 2011 (Pág. 55 y 57 archivo “14. Contestación”), luego se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario de afiliación del 25 de abril de 2017, AFP donde permanece vinculado y acumula 1471,43 semanas a febrero de 2021 (Pág. 33, 34, 38 y 62 archivo “8. Contestación”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, absolvió a **PORVENIR S.A.** y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección

de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

“(…)

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

(...)”

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

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

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** brindarían asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque se limitaron a aportar los formularios de afiliación, sin que la mera firma de éstos por el afiliado las exima de tal exigencia, siendo razonable concluir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien el **DEMANDANTE** manifestó en su interrogatorio de parte que suscribió los formularios de afiliación libremente y reconoció que el documento de **PORVENIR S.A.** del 05 de octubre de 2015 tiene su correo electrónico personal (Pág. 50 archivo “14. Contestación”, 54:37 y 01:14:14 archivo “30.1 Audiencia”), lo cierto es que aseguró que su motivación principal para trasladarse del RPM al RAIS y permanecer en este último a través de varias AFP no fue otro de que las distintas empresas donde laboró enviaron, a través de sus áreas de recursos humanos, asesores de AFP y por ello consideró que se trataba de una acción del empleador dirigida a proteger a sus trabajadores, por tanto, no se configuró confesión porque el **DEMANDANTE** señaló expresamente que no fue asesorado sobre el alcance y consecuencias de su decisión de trasladarse al RAIS.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que el **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Costas de primera instancia únicamente a cargo de las **AFP DEMANDADAS** y deberán ser tasadas por el *a quo*, por cuanto las órdenes dictadas a cargo de **COLPENSIONES** son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto del fallo de primera instancia, a fin de **CONDENAR** en costas de primera instancia a las **AFP DEMANDADAS** y deberán ser tasadas por el *a quo*.

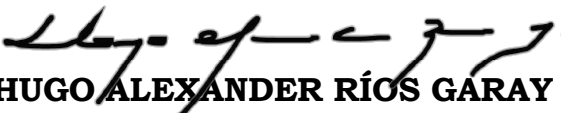
CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

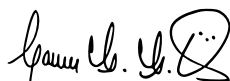
SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARCO AURELIO SAMPER VILLALOBOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00053 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37-2020-00246-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 24 de noviembre de 2021 del Juzgado 37 laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó a la AFP demandada (28:04 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 15 archivo “1. Escrito demanda”).**

LUÍS ALEJANDRO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, la devolución del saldo de su CAIP sin gastos de administración, reactivar su vinculación al RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 12 de marzo de 1958, se afilió al ISS el 15 de febrero de 1978 y cotizó 650 semanas,

que se trasladó al RAIS el 1° de noviembre de 2000 mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 17 de febrero de 2020 solicitó a la AFP y a **COLPENSIONES** la nulidad de su afiliación, la cual rechazó la AFP el 26 de marzo de 2020 y que no contestó la entidad pública.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad del **DEMANDANTE**. Indicó que no le constan las presuntas irregularidades del asesor de la AFP al momento de hacer el traslado al RAIS y el afiliado no allegó pruebas de las mismas, quien cotizó hasta el 31 de octubre de 2000 y que negó la reclamación administrativa. Interpuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 3 a 18 archivo “7. *Memorial*”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Indicó que la afiliación efectuada en 2000 fue producto de la voluntad y decisión libre e informada del **DEMANDANTE**, luego de recibir una asesoría completa y clara de las condiciones del RAIS, de la cual se dejó constancia escrita en el formulario de afiliación, el cual es un documento público autentico y, en todo caso, las condiciones de funcionamiento de los regímenes pensionales están consagrados en la Ley, la cual es de conocimiento público. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 4 a 40 archivo “12. *Memorial*”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (28:04 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

El 24 de noviembre de 2021, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO de regímenes pensionales que efectuó el demandante señor LUIS ALEJANDRO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en su momento administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 18 de septiembre de 2000 y en consecuencia declaro válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual del DEMANDANTE, junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos que hayan sido cobrados por administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A., para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV, no impondré costas a COLPENSIONES. QUINTO: Ordenó remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme se estableció en la parte motiva de esta decisión. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado del **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme el precedente jurisprudencial de la H. CSJ, la AFP debe acreditar el cumplimiento del deber de información y buen consejo, lo cual no demostró, por ende, declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que el deber de información existe desde 1993 pero solo hasta la Ley 1328 de 2009 apareció el deber de asesoría y buen consejo, conforme ha indicado la H. CSJ, por tanto, no se puede exigir el mismo alcance desde el inicio. De otra parte, el **DEMANDANTE** no puede alegar el desconocimiento de las condiciones pensionales consagradas en la Ley, además aceptó en su interrogatorio que firmó voluntariamente su afiliación a la AFP y reconoció ser informado de características del RAIS y que conocía el funcionamiento del RPM, a la vez que no puede desconocer su deber como consumidor financiero de informarse sobre las condiciones de pensiones con la adecuada diligencia, por ende, si conoció las características de ambos regímenes y decidió afiliarse y permanecer en el RAIS, sin que el monto pensional sea caprichoso sino que obedece a las reglas legales fijadas a la AFP, además su retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del misma. Subsidiariamente solicitó confirmar la absolución de costas y la condena a la AFP a devolver los gastos de administración y rendimientos (30:03 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Alegó que el formulario de afiliación a la AFP y el interrogatorio del **DEMANDANTE** acreditan que se cumplió el deber de información, porque el afiliado demostró tener conocimiento de características del RAIS como la CAIP, que iba a pasar con las semanas cotizadas en el ISS y el sistema de rendimientos, a su vez reconoció conocer los requisitos de pensión del RPM, por ende, estuvo plenamente informado y escogió la AFP como su mejor opción, vinculación que se materializó con el formulario de afiliación, que como documento público y autentico acredita los requisitos para que dicha vinculación surja a la vida jurídica y el **DEMANDANTE** pese conocer la fluctuaciones de su ahorro nunca decidió retornar al RPM y por el contrario ejerció actos de relacionamiento, sin que luego pueda alegar su propia culpa por omitir el uso de su derecho de traslado. De forma subsidiaria solicitó revocar la devolución de los gastos de

administración, porque son un cobro legal que se efectúa en ambos regímenes pensionales y como no financian la pensión son prescriptibles y su devolución causa un enriquecimiento sin justa causa a **COLPENSIONES**, además se aplica la figura de la restitución mutua de forma parcializada en favor del **DEMANDANTE** y en contra de **PORVENIR S.A.** (38:40 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos elevados en su recurso de apelación y destacando la falta de prueba de las presuntas falencias de la asesoría en la afiliación a la AFP. Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se probó causal de nulidad, no procede la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se desconoció el valor probatorio del formulario de afiliación y la conducta del afiliado acredita su voluntad de permanecer en el RAIS, de forma subsidiaria solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, porque implican un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**, no corresponden a una restitución mutua y son prescriptibles. Agotado el término, la abogada del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los

artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **LUÍS ALEJANDRO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ** nació el 12 de marzo de 1958 (Pág. 19 archivo “1. Escrito demanda”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 15 de febrero de 1978 al 31 de octubre de 2000 (archivo “15. Memorial”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario del 18 de septiembre de 2000 de **PORVENIR S.A.**, efectivo desde el 1º de noviembre de 2000, AFP donde permanece vinculado y acumula 1.270 semanas cotizadas a diciembre de 2020 (Pág. 74, 75 y 126 archivo “12. Memorial”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó a la AFP demandada. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** presentaron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

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

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

“(…)

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma del mismo por el afiliado exima de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien el **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** le informó que iba a tener sus aportes en una CAIP y que observó que el capital acumulado sufrió fluctuaciones positivas y negativas, también aclaró que no recibió información sobre el monto que debía acumular para causar la pensión de vejez en el RAIS, las modalidades de pensión de dicho régimen ni de la posibilidad de retornarse al RPM, por ende, no se configuró la confesión porque no

hubo reconocimiento expreso por el **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que el **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se adecuará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá

remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: 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 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 del fallo de primera instancia.

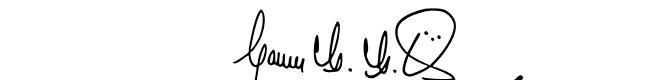
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ALEJANDRO MARTINEZ RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00246 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2019-00366-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 08 de marzo de 2021 del Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las **DEMANDADAS** de las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (01:02:20 archivo “16AudienciaArt80Parte2”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 14 archivo “01CuadernoFisico”).**

MARÍA CLARA LÓPEZ VARGAS solicitó declarar nulo o invalido el formulario de traslado al RAIS, traslado del saldo de su CAIP, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 16 de febrero de 1960, que se afilió al ISS del 21 de julio de 1981 al 09 de mayo de 1997, que en mayo de 1997 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y que actualmente está afiliada a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que su mesada en el RAIS sería de

\$1.509.800 mientras que en el RPM sería superior a \$12.000.000, por lo cual solicitó a las **DEMANDADAS** la nulidad del traslado de régimen pensional, petición que fue rechazada.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La AFP OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada y que negó solicitud de nulidad del traslado de régimen. Indicó que la **DEMANDADA** no acreditó ninguna causal de nulidad o ineficacia del traslado al RAIS y cualquier eventual irregularidad se saneó con los años de permanencia en el RAIS sin manifestar inconformidad, a la vez que la voluntad informada de traslado al régimen de capitalización se expresó en el formulario escrito de afiliación, luego de recibir una asesoría sobre las condiciones de cada régimen pensional. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica (Pág. 129 a 139 archivo “01CuadernoFisico”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó la solicitud de nulidad del traslado de régimen. Afirmó que no conoce las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, no obstante, aseguró que los formularios de afiliación a varias AFP acreditan la voluntad informada del afiliado de pertenecer y permanecer al régimen de capitalización, sin que la **DEMANDANTE** acredite causal alguna de nulidad de la vinculación a las AFP, además no procede su retorno al RPM por la restricción por edad y porque afectaría la Sostenibilidad Financiera del SGP. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica (Pág. 162 a 183 archivo “01CuadernoFisico”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó

los hechos relativos a la fecha de afiliación a la AFP y que negó la solicitud de traslado de régimen. Indicó que la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindó asesoría sobre el RAIS y lo comparó con el RPM, explicando las ventajas y desventajas de cada régimen y la estimación de la mesada pensional en uno u otro sistema, tras lo cual la **DEMANDANTE** tomó la decisión libre e informada de trasladarse al RAIS, asesoría que no se documentó porque las normas vigentes para entonces no exigían ello, no obstante, la afiliación cumplió todas las condiciones normativas para ser válida. Interpuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (Pág. 216 a 223 archivo “01CuadernoFisico”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que es la AFP donde permanece la **DEMANDANTE**. Indicó que la afiliada efectuó múltiples traslados de AFP, ya que en 2003 se vinculó a **PORVENIR S.A.**, en 2007 a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y en 2010 retornó a **PORVENIR S.A.**, así mismo se vinculó a pensiones voluntarias de **PORVENIR** en marzo de 2015, afiliaciones todas validas porque cumplieron todos los requisitos legales vigentes, sin que se pueda solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos no existentes a la fecha del traslado, por lo cual no hay motivo para acceder a las pretensiones. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 263 a 281 archivo “01CuadernoFisico”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:02:20 archivo “16AudienciaArt80Parte2”).

El 08 de marzo de 2021, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL ahora SKANDIA S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las suplicas

incoadas en la demanda por la señora MARÍA CLARA LÓPEZ VARGAS. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la DEMANDANTE. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ estableció la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de un afiliado ya pensionado por la AFP, por ser una situación jurídica ya consolidada, en todo caso y en gracia de discusión, señaló que no se acreditó vicio del consentimiento para acceder a las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** presentó solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, por cuanto el precedente jurisprudencial de la H. CSJ ha sido pacífico en señalar que la falta del deber de información por la AFP causa la ineficacia del traslado al RAIS. A su vez el Juez no aplicó la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y no aplica la tesis de la sentencia SL373 de 2021 porque la causa que originó la demanda fue precisamente la acusación de la pensión de vejez por la AFP, así mismo, no se negoció el bono pensional y por tanto no hay terceros que sean perjudicados por la ineficacia y **COLPENSIONES** debería reconocer la pensión a los 57 años y la pensión del RAIS se causó en una edad superior, por lo cual la entidad pública no debería dar ningún retroactivo, razón por la cual el Juez no debía apartarse del precedente jurisprudencial ni de su deber de procurar todas las medidas compensatorias para resarcir los perjuicios a la afiliado. De forma subsidiaria solicitó declarar la ineficacia, lo cual permitiría en otro proceso judicial reclamar los

perjuicios conforme lo indicado en la sentencia SL373 de 2021 (01:03:49 archivo “16AudienciaArt80Parte2”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con CC 1.093.783.369 y TP 321.634 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo porque no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y no se acreditó causal de nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, solicitó confirmar el fallo, porque la sentencia SL373 de 2021 indica que no se puede declarar ineficaz el traslado de régimen pensional de afiliados ya pensionados, a su vez, la AFP cumplió toda la normatividad vigente a la fecha de afiliación de la **DEMANDANTE** para garantizar la validez de dicho acto, a la vez que brindó una adecuada asesoría para que el afiliado entendiera el alcance y efectos de su decisión. Agotado el término de traslado, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, de forma subsidiaria, establecer la posibilidad de ordenar el resarcimiento de perjuicios, conforme lo alegado en el recurso

de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MARÍA CLARA LÓPEZ VARGAS** nació el 16 de febrero de 1960 (Pág. 17 archivo “01CuadernoFisico”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 21 de julio de 1981 al 1° de octubre de 1992, donde cotizó 326,86 semanas (Pág. 184 archivo “01CuadernoFisico”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 02 de mayo de 1997, efectivo desde el 1° de julio de 1997, posteriormente se trasladó a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 1° de abril de 2000 efectivo desde ese mismo día; posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 07 de abril de 2003, efectivo desde el 1° de junio de 2003; luego se trasladó a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación del 18 de mayo de 2005, efectivo desde el 1° de julio de 2005; posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación 09 de mayo de 2007, efectivo desde el 1° de julio de 2007; tras ello se trasladó a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación del 25 de marzo de 2009, efectivo desde el 1° de mayo de 2009; finalmente se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 04 de febrero de 2010, efectivo desde el 1° de abril de 2010, AFP donde continúa vinculada (Pág. 140, 224, 225, 282 a 284, 292 archivo “01CuadernoFisico”); *iv)* la **DEMANDANTE** se afilió el 03 de febrero de 2015 al Fondo de Pensiones Voluntarias de **PORVENIR S.A.** (Pág. 285 archivo “01CuadernoFisico”); *v)* el 16 de julio de 2018 la **DEMANDANTE** solicitó a **PORVENIR S.A.** el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual le fue reconocida bajo la modalidad de retiro programado (Pág. 286 a 290 archivo “01CuadernoFisico”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió a las **DEMANDADAS** de las pretensiones y condenó en costas a la

DEMANDANTE. Contra la anterior decisión, la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de personas ya pensionadas.

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha creado la regla jurisprudencial de que el incumplimiento por parte de la AFP de su deber de información imposibilita el correcto ejercicio de la libertad de selección de régimen pensional, lo cual conlleva a la ineficacia del traslado de régimen pensional conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, conforme lo indicado por el Órgano de Cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en las sentencias SL Rad. 31.989 del 09 de septiembre de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL3464 de 2019, SL3199 de 2021, SL4025 de 2021, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3156 de 2022, entre otras.

Sin perjuicio de lo anterior, la propia H. CSJ ha desarrollado la subregla jurisprudencial de que es improcedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de aquellas personas ya pensionadas, a través de las sentencias SL373 de 2021, SL3535 de 2021, SL3611 de 2021, SL3707 de 2021, SL5169 de 2021, SL5686 de 2021, SL5688 de 2021, L5704 de 2021, SL5172 de 2021, SL5174 de 2021, SL655 de 2022, SL1108 de 2022, SL1113 de 2022, SL2480 de 2022, SL1498 de 2022, SL1577 de 2022, SL2159 de 2022, SL2160 de 2022, SL2176 de 2022, entre otras.

La sentencia hito de la precitada subregla jurisprudencial, a saber, la sentencia SL373 de 2021, advirtió la imposibilidad de dar alcance a los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales al pensionado, porque ya hay una situación jurídica consolidada cuyas consecuencias no pueden retrotraerse, por tanto,

solo procede demandar el resarcimiento de perjuicios conforme el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, para efectos de imponer a la AFP el pago de una renta periódica en los mismos términos que se habría hecho en el régimen de prima media con prestación definida.

Por su parte, en la sentencia SL3707 de 2021, la H. Corte Suprema de Justicia señaló que un pensionado no puede beneficiarse de la ineficacia del traslado de régimen pensional, porque su estatus de pensionado es una situación jurídica ya consolidada que no se puede retrotraer, so pena de causar disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del Sistema General de Pensiones en su conjunto, por ejemplo, los bonos pensionales ya redimidos deberían ser reversados, lo cual no es factible porque el capital ya perdió su integralidad y se afecta a la Nación y otras entidades contribuyentes que participan en dichos títulos de deuda pública, se generan situaciones problemáticas por el déficit financiero causado por la pensión anticipada, el uso de los excedentes de libre disposición, la anulación de operaciones, actos y contratos entre afiliado, aseguradoras, AFP y entidades oficiales inversionistas, motivo por el cual revertir el estatus de pensionado implicaría necesariamente afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del Sistema y causaría un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

CASO CONCRETO

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

Así las cosas, sería del caso considerar que no hay prueba alguna de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** brindarán una asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no se demuestra con solo aportar los formularios de afiliación, ya que la mera firma de éstos por el afiliado no exime a las AFP de tal exigencia, siendo razonable concluir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron haber cumplido la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

A pesar de lo anterior, no es viable declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ya que la **DEMANDANTE** solicitó y obtuvo el reconocimiento de la pensión de vejez por **PORVENIR S.A.**, motivo por el cual su caso es cobijado por la subregla jurisprudencial adoptada por la H. CSJ acerca de la imposibilidad de declarar ineficaz su traslado al RAIS de quien ya el estatus jurídico de pensionado de dicho régimen, tal y como se indicó en las sentencias SL373 de 2021, SL3535 de 2021, SL3611 de 2021, SL3707 de 2021, SL5169 de 2021, SL5686 de 2021, SL5688 de 2021, L5704 de 2021, SL5172 de 2021, SL5174 de 2021, SL655 de 2022, SL1108 de 2022, SL1113 de 2022, SL2480 de 2022, SL1498 de 2022, SL1577 de 2022, SL2159 de 2022, SL2160 de 2022, SL2176 de 2022, entre otras.

Así las cosas, rechaza esta corporación la súplica del apoderado de la **DEMANDANTE** de considerar que no le es aplicable la precitada subregla jurisprudencial, por cuanto el estatus de pensionado de su cliente se consolidó haya o no haya sido negociado su bono pensional o haya o no haya obtenido tal pensión antes de los 57 años de edad, ya que en todo caso la consolidación del estatus jurídico de pensionada es un hecho cierto que no puede ser desconocido por esta Sala ni mucho menos por el apoderado de la parte actora, quien en su demanda no hizo ninguna mención a tal circunstancia ni a lo largo del proceso a pesar de que desde julio de 2018, esto es, antes de la

radicación del proceso, la **DEMANDANTE** estaba tramitando su reconocimiento pensional ante **PORVENIR S.A.**

De otra parte, no se accede a la súplica del apelante de que es necesario declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS para reclamar la indemnización de perjuicios, en este proceso u en otro que inicien con posterioridad, porque tal argumento carece de toda lógica por los argumentos que pasan a exponerse.

Primero, la H. CSJ ha señalado que las normas que regula declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional por omisión del deber de información **son diferentes** a las normas que regulan la reclamación de perjuicios por incumplimiento de deber de información, tal y como concluyó en las sentencias SL655 de 2022 y SL655 de 2022, razón por la cual la acción dirigida al resarcimiento de perjuicios y la acción dirigida a la declaratoria de ineficacia del traslado son independientes entre sí y pueden ser ejercidas de forma simultánea o por separado, sin que una sea presupuesto o requisito para entablar la otra, razón por la cual no es cierta la afirmación del apoderado de la **DEMANDANTE** de que necesita que se declare la ineficacia del traslado para reclamar perjuicios.

Segundo, el apoderado de la **DEMANDANTE** no puede pretender que las consecuencias de su negligencia procesal sean asumidas por el Juez del primer proceso, porque fue el dicho apoderado quien en su demanda guardó silencio sobre cualquier reclamación de perjuicios, ya que no elevó ni una sola pretensión, hecho, prueba o razón de derecho que permitiera conocer, o al menor inferir, que la **DEMANDANTE** estaba pensionada desde antes de radicar la demanda, por lo cual no puede posteriormente alegar, de forma casi temeraria, que la causa principal de interponer la demanda fue el reconocimiento de la pensión cuando revisada la demanda no hizo ni una sola manifestación al respecto.

El numeral 5 del artículo 42 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS, establece el deber del Juez de interpretar la demanda, pero sin que dicha interpretación pase por alto el principio de congruencia, al punto que el artículo 281 CGP indica que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones abducidas en la demanda, por tanto, no puede el apoderado de la parte **DEMANDANTE** reprochar la falta de reconocimiento de una indemnización de perjuicios que nunca reclamó en la demanda.

Si bien en el proceso laboral y de la seguridad social el Juez de primera instancia puede fallar ultra y extra petita, conforme el artículo 50 CPTSS, tal facultad solo puede usarse cuando los hechos que originen dichas condenas *hayan sido discutidos y debidamente probados en el proceso*, condición que no se cumple en el presente asunto, ya que el apoderado de la **DEMANDANTE** ni discutió ni allegó pruebas de la condición de pensionada de su cliente y **PORVENIR S.A.** se limitó a allegar la copia de la solicitud de reconocimiento pensional, impidiendo conocer aspectos esenciales para fijar los términos de la indemnización de perjuicios, como la fecha de reconocimiento de la pensión y el valor de las mesadas, sin que el comportamiento de la AFP constituya falta de lealtad procesal sino más bien la consecuencia natural de contestar una demanda en la que el apoderado de la **DEMANDADA** no hizo mención alguna a la calidad de pensionada de su cliente ni reclamó una indemnización de perjuicios.

Por las anteriores consideraciones, no encuentra este Tribunal mérito alguno para acceder a las suplicas elevadas en el recurso de apelación, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá

remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

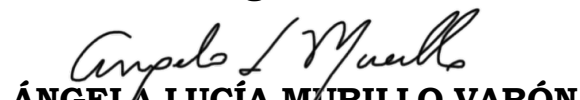
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

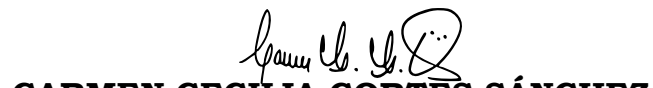
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2019-00581-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra la sentencia del 15 de julio de 2021 del Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (33:47 archivo “16CITA ART 80 CPT SS RAD 038 2019 581”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 8 archivo “01CuadernoFísico”).**

JOSÉ EDUARDO ALFONSO LANCHEROS solicitó la devolución de los aportes efectuados como trabajador dependiente de empresas privadas e intereses comerciales y moratorios.

Como fundamento fáctico indicó que fue trabajador de empresa privada del 05 de febrero de 1975 al 31 de agosto de 2017, periodo que cotizó al extinto ISS, aportando 2194 semanas en total, tal y como se reconoció en la Resolución SUB179345 del 30 de agosto de 2017 de **COLPENSIONES**, la cual le reconoció la pensión legal de vejez desde el 11 de agosto de 2017, fecha en la que cumplió 62 años. Aseguró que

su pensión se reconoció con una tasa del 78,76% conforme 1.750 semanas, por lo cual 444 semanas no fueron consideradas en el reconocimiento, motivo por el cual el 22 de mayo de 2019 radicó derecho de petición solicitando la devolución de esas semanas cotizadas de más, solicitud que se rechazó en la Resolución SUB 146406 del 10 de junio de 2019, la cual fue confirmada mediante Resolución DPE 6243 del 19 de julio de 2019.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 60 a 68 archivo “01CuadernoFisico”).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la cantidad de semanas cotizadas, reconocimiento pensional y que negó la devolución de semanas cotizadas. Indicó que reconoció la pensión de vejez al **DEMANDANTE** a partir del 1º de septiembre de 2017, en cuantía inicial de \$1.798.493, considerando 2194 semanas cotizadas, por lo cual es falso que dejara semanas sin considerar y, en todo caso, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se constituye por un fondo común, por lo cual no es posible la devolución reclamada. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social públicas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (33:47 archivo “16CITA ART 80 CPT SS RAD 038 2019 581”).

El 15 de julio de 2021, el Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia del Derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe, propuestas por COLPENSIONES, y relevarse del estudio de las demás. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada

*ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda impetradas por el señor JOSÉ EDUARDO ALFONSO LANCHEROS, de conformidad con la parte motiva de la sentencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas como se estableció en la parte considerativa de la providencia. **CUARTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante JOSÉ EDUARDO ALFONSO LANCHEROS, de conformidad con lo establecido el artículo 69 CPTSS. (...)."*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a las pretensiones.

Para resolver indicó que el Sistema General de Pensiones se erige sobre varios principios, entre ellos el de solidaridad, motivo por el cual el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se estructuró con un fondo común público conformado por los aportes, a diferencia de lo que sucede en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, motivo por el cual no es viable la devolución de aportes, lo cual también desconocería el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, el cual solo reconoce la posibilidad de devolver el saldo pagado de más en la cotización sin que ello se equipare a la devolución de semanas y, en todo caso, **COLPENSIONES** si consideró todas las semanas cotizadas, el **DEMANDANTE** como trabajador dependiente estaba obligado a seguir realizando aportes salvo que hubiera decidido indicar que no los iba a seguir efectuando como persona que ya cumplió los requisitos de pensión, pero no lo hizo y la Entidad tampoco lo obligó ni lo hizo incurrir en error para seguir aportando, por lo cual absolvió.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **JOSÉ EDUARDO ALFONSO LANCHEROS** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que conforme el artículo 9 del Decreto 1161 de 1994 y el artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, proceden sus suplicas y que es contradictorio que la *a quo* indique que no se le obligó a seguir cotizando cuando su empleador lo obligó a seguir haciéndolo para darle trabajo y respecto la solidaridad, alegó que solo debía aportar el 1,5% al FOSYGA y el

porcentaje restante de la cotización debe ser restituido (33:47 archivo “16CITA ART 80 CPT SS RAD 038 2019 581”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas, identificada con CC 1.093.783.369 y TP 321.634 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo ya que mediante la Resolución SUB 179345 del 30 de agosto de 2017 le reconoció la pensión de vejez al **DEMANDANTE** considerando las 2194 semanas cotizadas y, en todo caso, en el RPM no procede la devolución de semanas cotizadas conforme el principio de solidaridad. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** a la devolución de semanas cotizadas y demás pretensiones reclamadas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **JOSÉ EDUARDO ALFONSO LANCHEROS** nació el 11 de agosto de 1955 (Pág. 12 archivo “01CuadernoFisico”); **ii)** el **DEMANDANTE** cotizó 2.198,29 semanas en el RPM, entre el 05 de febrero de 195 y el 31 de agosto de 2017 (archivo “GRP-SCH-HL-

66554443332211_1625-20191015083805” carpeta
“02ExpedienteAdministrativo”); **iii)** La demandada **COLPENSIONES**, a
través de la Resolución SUB 179345 del 30 de agosto de 2017
reconoció al **DEMANDANTE** la pensión legal de vejez a partir del día
siguiente de la última semana cotizada, posteriormente, con las
Resoluciones SUB 146406 del 10 de junio de 2019 y DPE 6243 del 19
de julio de 2019 negó la solicitud del **DEMANDANTE** de efectuar la
devolución de los aportes presuntamente no tenidos en cuenta para el
cálculo del IBL (archivos “GRF-AAT-RP-2017_8422573-
20170830111523”, “GRF-AAT-RP-2019_6694387-20190610044128”
“GRF-AAT-RP-2019_8662056-20190719090438” carpeta
“02ExpedienteAdministrativo”).

En el presente asunto la *a quo* declaró probadas las excepciones
de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena
fe, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

El **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicitó
revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que sus
pretensiones proceden conforme el artículo 9 del Decreto 1161 de 1994
y el artículo 55 del Decreto 1406 de 1999, que es contradictorio el
argumento de la *a quo* de que no se obligó al **DEMANDANTE** seguir
cotizando y respecto la solidaridad solo le corresponde aportar el 1,5%
al FOSYGA y el resto de la cotización debe ser restituido.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, advirtiendo de
entrada que las suplicas del apoderado del **DEMANDANTE** no tienen
ninguna prosperidad, por ser totalmente contrarias a derecho, tal y
como pasa a exponerse.

En primer lugar, revisado el expediente administrativo del
DEMANDANTE, no hay ninguna duda de que **COLPENSIONES**, en la
Resolución SUB 179345 del 30 de agosto de 2017, por la cual reconoció
la pensión de vejez del **DEMANDANTE**, consideró la totalidad de
semanas cotizadas, al punto que el reconocimiento de la pensión inició

al día siguiente de la finalización del último día cotizado (31 de agosto de 2017), así mismo, el Acto Administrativo indicó, de forma expresa, que el interesado acreditó 2.194 semanas cotizadas y acto seguido procedió a liquidar el monto de la mesada pensional, para lo cual hizo referencia a que determinó dos valores de IBL, uno de \$2.277.727 y otro de \$1.595.490, escogiendo la Entidad el monto más alto como base sobre el cual aplicó la tasa de reemplazo, señalando expresamente **COLPENSIONES** que la totalidad de la pensión estaba a su cargo ya que fue a dicha entidad a la que recibió los 15358 días cotizados (archivo “GRF-AAT-RP-2017_8422573-20170830111523” carpeta “02ExpedienteAdministrativo”).

COLPENSIONES aportó copia de la liquidación oficial soporte de la Resolución antes citada, en la cual se puede apreciar que la Entidad consideró, al momento de establecer el monto de la mesada, todas las semanas cotizadas desde el 05 de febrero de 1975, lo cual concuerda con la historia laboral del **DEMANDANTE** que refleja que desde ese día inició sus cotizaciones a pensión, por lo cual no existe soporte probatorio a la afirmación del apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** de que la Entidad no consideró 444 semanas al momento de liquidar la pensión de vejez (archivos “GRF-LID-LI-2017_8422573-20170830111005” y “GRP-SCH-HL-66554443332211_1625-20191015083805” carpeta “02ExpedienteAdministrativo”).

De otra parte, en gracia de discusión, aún si el apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** hubiera demostrado que parte de las semanas cotizadas por el afiliado no fueron consideradas en la liquidación de la pensión, ello no implicaría en modo alguno que **COLPENSIONES** estuviera obligada a devolver las mismas, por cuanto la única consecuencia sería verificar si tal error generó que el monto reconocido de la pensión fuera inferior y, de ser así, ordenar el correspondiente ajuste.

En efecto, el apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** confundió y mal interpretó lo indicado en los artículos 9 del Decreto 1161 de 1994 y

55 del Decreto 1406 de 1999, normas que se limitan a regular el procedimiento de devolución del exceso de la cotización, lo cual es muy diferente a la devolución de semanas, motivo por el cual las precitadas normas únicamente permiten reclamar la devolución de cuando el valor pagado por aportes es superior al legal, por ejemplo, si el valor del aportes fuera \$100.000 y el pago realizado fuera de \$200.000, sin que ello implique en modo alguno una autorización a solicitar la devolución de semanas.

La razón por la cual el Sistema General de Pensiones, no permite la devolución de semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, no es otra que garantizar la solidaridad de los afiliados de dicho régimen, quienes a diferencia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS no son dueños del monto de sus aportes (aclarando que los afiliado del RAIS no pueden tampoco pedir la devolución de semanas sino optar por la “*devolución de saldos*” en caso de que no reúnan los requisitos para acceder a la pensión de vejez), toda vez que en el RPM los afiliados aportan sus cotizaciones y rendimientos a **un fondo común público**, el cual garantiza el pago de las prestaciones pensionales, tal y como establece el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993.

El precitado literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-378 de 1998, sentencia en la cual la H. Corte Constitucional indicó, con claridad, que el fondo común publico del RPM se contrapone a la cuenta de ahorro individual pensional del RAIS, por lo cual los afiliados del RPM no tiene ninguna cuenta propia e individual que impida que su aportes sea utilizado para garantizar las pensiones de otros afiliados, por el contrario, los aportes pasan a un fondo común, último que es propiedad de todos los afiliados y no de cada uno de ellos por separado, como erróneamente considera el apoderado de la **PARTE DEMANDANTE**.

De otra parte, la única norma que autorizó la devolución de las cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –

RPM, en un caso diferente al de pagos excesivos en el valor del aporte, es el parágrafo segundo del artículo 2 del Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud de la remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que indica que en caso de afiliación de persona expresamente excluida del seguro de invalidez, vejez y muerte que haya cotizado, tiene derecho a la devolución de tales aportes, lo cual no es el caso del **DEMANDANTE**.

De otra parte, el apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** confundió la obligación de pagar aportes, la cual se causa para todo trabajador dependiente aún en contra de su voluntad, con la imposibilidad del **DEMANDANTE** de abstenerse de realizar aportes, por cuanto nada impidió que el señor **JOSÉ EDUARDO ALFONSO LANCHEROS** manifestará su voluntad de dejar de cotizar aportes a pensión alegando que ya tenía los requisitos cumplidos para acceder a la pensión de vejez, posibilidad contemplada en el literal c) y d) del artículo 2 del Decreto 758 de 1990 aplicable por el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 y en los Decreto 1931 de 2006 y Resoluciones 2388 de 2016 y las que han adoptado y modificado el uso de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA, normas que consagran que el afiliado que cumple los requisitos de pensión puede manifestar su deseo de no seguir cotizando a pensión, lo cual no hizo el **DEMANDANTE** y por ende no puede ahora alegar ningún tipo de perjuicio derivado de su decisión de seguir cotizando hasta el 31 de agosto de 2017, máxime cuando **COLPENSIONES** si consideró todas las semanas aportadas al momento de reconocer la pensión de vejez.

Así las cosas, no hay mérito alguno en las pretensiones planteadas por el apoderado de la **PARTE DEMANDANTE**, las cuales son abiertamente contrarias a toda la normativa del Sistema General de Pensiones, por ende, no hay ninguna obligación de **COLPENSIONES** de devolver semanas al afiliado y, en consecuencia, se confirmará el fallo apelado.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá

remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

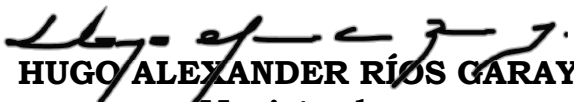
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la apelación.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2021-00266-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 18 de agosto de 2022 del Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ilegal la afiliación a **PORVENIR S.A.**, ordenó la devolución de aportes indexados y de quedar saldos en la CAIP su traslado al Fondo de Solidaridad Pensional y condenó a costas a la AFP (01:04:53 archivo “21GrabacionAudienciaDeJuzgamiento20220818”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 3 a 10 archivo “2021-266 *Subsanación demanda Martha Melo v. Colpensiones y AFP Porvenir*” carpeta “05Subsanacion20210817”).

MARTHA ROCÍO MELO PÁEZ solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS, traslado del saldo de su CAIP, declarar que tiene régimen de transición pensional y condenar a **COLPENSIONES** a reconocer su pensión de vejez, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 16 de enero de 1963, que se afilió al ISS y en noviembre de 1999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, pues se le indicó que era un fondo de ahorro programado, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que en 2019 solicitó la devolución del dinero ahorrado y **PORVENIR S.A.** se negó, por lo cual en abril de 2021 solicitó a las **DEMANDADAS** la nulidad de su vinculación, petición que rechazó la AFP y que no contestó **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante vinculación a la AFP, libre, voluntaria e informada, ya que recibió una asesoría sobre las condiciones del RAIS, mientras que las condiciones del RPM son definidas en la Ley, siendo de público conocimiento, en todo caso, se asesoró a la afiliada sobre los requisitos para acceder a su pensión con base a su ahorro y rendimientos y las condiciones que inciden en su pensión, por lo cual no hay causal para privar de efectos jurídicos tal vinculación, la cual se realizó cumpliendo los requisitos vigentes a la fecha del traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 1 a 31 archivo “*CONT 38 2021 266 MARTHA ROCIO MELO PAEZ*” carpeta “*07ContestacionDemanda20211015*”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, su vinculación al RPM y que radicó solicitud de nulidad de su vinculación a **PORVENIR S.A.** Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS y que la **DEMANDANTE** debe probar las presuntas falencias de la AFP, en todo caso, cualquier causal de nulidad se saneó por los más de 20 años de

permanencia en el RAIS, comportamiento que exterioriza la voluntad de la afiliada de permanecer en el mismo, por cuanto nunca solicitó su retorno al RPM, el cual ya no procede por la restricción por edad, sin que sea válido exigir retroactivamente obligaciones de asesoría no vigentes para la fecha del traslado. Interpuso las excepciones de aplicación del precedente de la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica (Pág. 2 a 24 archivo “*Contestación Martha Rocio Melo Paez*” carpeta “09ContestacionColpensiones20211027”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:04:53 archivo “21GrabacionAudienciaDeJuzgamiento20220818”).

El 18 de agosto de 2022, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ilegalidad de la afiliación verificada por la señora MARTHA ROCÍO MELO PÁEZ con destino a la AFP PORVENIR S.A. mediante solicitud del 1º de noviembre de 1999, con efectividad a partir del 1º de enero del año 2000. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones efectuadas por la DEMANDANTE con destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculada ilegalmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de cada una de las cotizaciones efectuadas en favor de la DEMANDANTE, igual a valor indexado, tomando para el efecto como índice inicial el del mes en que se verificó el aporte o la cotización integral correspondiente y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago del importe correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la AFP PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que si subsisten saldos a favor de la DEMANDANTE en la cuenta de ahorro individual, los mismos

*deberán ser girados con destino al Fondo de Solidaridad Pensional por tratarse de recursos del Sistema General de Pensiones, que se deben destinar específicamente a este régimen. **TERCERO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. **CUARTO: COSTAS**, Lo serán a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000. **QUINTO**: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR, lo anterior en la medida que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. **SEXTO**: teniendo en cuenta que en el acápite de pretensiones se solicita el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la DEMANDANTE, en atención a las previsiones del Régimen de Transición, considera el Despacho que la misma no es procedente en la medida que la DEMANDANTE al 1º de abril de 1994 no acredita el cumplimiento de los presupuestos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para beneficiarse de una prestación en este sentido. (...)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar la viabilidad de las pretensiones reclamadas.

Para resolver indicó que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 prohíbe a las AFP negar la afiliación al RAIS, salvo en los casos del artículo 61 *ibídem* o si no se ha cumplido el término para realizar el traslado de régimen o de AFP y en el caso de la **DEMANDANTE**, el traslado cada 3 años se podía efectuar en 1997 o en 2000, pero no en 1999 porque no se había vuelto a completar dicho plazo, siendo ilegal la afiliación a la AFP sin necesidad de evaluar el cumplimiento del deber de información, por ende, ordenó a las **DEMANDADAS** hacer las gestiones para desembolsar los aportes integrales indexados al RPM y en caso que el saldo de la CAIP no sea suficiente, condenó a **PORVENIR S.A.** a asumir la diferencia con cargo a sus recursos, pero en caso de que quede saldo a favor en la CAIP, el mismo debe ser traslado al Fondo de Solidaridad Pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo y las condenas, por cuanto es errada la interpretación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 ya que el término para el traslado de régimen no era cada vez que se cumplían 3 años, sino que se trata de un periodo de carencia que una vez cumplido otorga el derecho al traslado de

régimen pensional en cualquier momento, en todo caso, el Decreto 692 de 1994 consagra que seleccionar un régimen implica aceptar las condiciones del mismo y se dejó constancia escrita de la decisión libre e informada de traslado al RAIS, sin que sea válido el retorno al RPM por la restricción por edad y porque genera un detrimento patrimonial ya que la **DEMANDANTE** nunca aportó al fondo común y existe una variación porcentual entre el monto del aporte entre ambos regímenes (01:09:11 archivo “21GrabacionAudienciaDeJuzgamiento20220818”)

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo y absolver toda condena. Afirmó que no se incumplieron las normas de traslado de régimen, porque la **DEMANDANTE** siempre permaneció en el ISS y solo efectuó la selección inicial hasta 1999 con su vinculación a **PORVENIR S.A.**, ya que antes de eso no había escogido a cuál de los dos regímenes pensionales quería pertenecer ya que arrastraba una vinculación anterior a la Ley 100 de 1993, cuando solo había un régimen. Aseguró que no se puede ordenar el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, así mismo, no hay mérito para devolver los gastos de administración y pólizas de seguro previsional, los cuales no financian la pensión, son prescriptibles y se cobran en ambos regímenes, de otra parte, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 ordena en caso de traslado de régimen a trasladar aportes y rendimientos y nada más, además ordenar la indexación es una doble condena porque los rendimientos ya corrigen la devaluación monetaria (01:13:30 archivo “21GrabacionAudienciaDeJuzgamiento20220818”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo y condenar en costas a las apelantes, por cuanto el traslado al RAIS desconoció la prohibición de efectuar el traslado de régimen solo cada 3 años, en todo caso, dicho traslado tampoco produce efectos porque se vulneró el deber de información, asesoría y buen consejo por la **AFP DEMANDADA**, por lo cual subsidiariamente debe ser declarado ineficaz. Por su parte, el apoderado principal de

PORVENIR S.A. solicitó revocar el fallo, por cuanto no se acreditó ninguna causal de nulidad o ineficacia, la AFP cumplió el deber de asesoría conforme las normas vigentes a la fecha del traslado y acreditó la misma con el formulario de afiliación, en todo caso, no procede la devolución de los gastos de administración. De otra parte, la apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicito revocar el fallo, porque la vinculación a la AFP no desconoció el tiempo mínimo para realizar el traslado de régimen pensional, de otra parte, no procede declarar nulo o ineficaz el traslado porque la afiliada firmó libre y voluntariamente el formulario de vinculación a la AFP, no acreditó causal de nulidad o ineficacia y nunca manifestó su decisión de retornar al RPM, lo cual ya no puede hacer por la restricción por edad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MARTHA ROCÍO MELO PÁEZ** nació el 16 de enero de 1963 (Pág. 15 archivo “2021-266 Subsanción demanda Martha Melo v. Colpensiones y AFP Porvenir” carpeta “05Subsanacion20210817”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 20 de febrero de 1982 al 21 de octubre de 1999, cotizando 277,71 semanas (Pág. 330 a 33 archivo “EXP ADMINISTRATIVO MARTHA ROCIO MELO PAEZ” carpeta “09ContestacionColpensiones20211027”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación del 1º de noviembre de 1999, efectivo a partir de 1º de enero de 2000, AFP donde sigue vinculada y acumula 1404 semanas cotizadas a septiembre de 2021 (Pág. 32, 35 y 40 archivo “CONT 38 2021 266 MARTHA ROCIO MELO PAEZ” carpeta “07ContestacionDemanda20211015”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ilegal la afiliación a **PORVENIR S.A.**, ordenó la devolución de aportes indexados y de quedar saldos en la CAIP su traslado al Fondo de Solidaridad Pensional y condenó en costas a la AFP. Contra la anterior decisión, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación.

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

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección

de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

“(...)

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

(...)”

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

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

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL4985 de 2021.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero resolver la inconformidad de los apelantes frente la decisión de declarar ilegal la vinculación a **PORVENIR S.A.** por no respetar la prohibición de

traslado de régimen pensional cada tres años, anunciando desde ya que les asiste razón a los recurrentes.

En primer lugar, resulta necesario aclarar el concepto de **afiliación** al Sistema General de Pensiones, la cual, dado su carácter vitalicio, se efectúa a través de una primera y única inscripción, tal y como señala el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

La anterior precisión resulta relevante en el caso bajo estudio, porque permite entender la razón por la cual los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, compilados en los artículos 2.2.2.1.8 y 2.2.2.3.1 del Decreto 1833 de 2016, en armonía con el literal e) de la Ley 100 de 1993, consagraron dos escenarios posibles respecto los afiliados a pensión a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993: **i)** los afiliados vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, continuaron *automáticamente* suscritos a dichas entidad y podían cambiar por primera vez, en cualquier tiempo, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y luego quedarían cobijados por la restricción señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; **ii)** los afiliados que ejercieron su *selección inicial* después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes inmediatamente quedaron cobijados por la restricción de traslado de régimen pensional consagrada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en las sentencias SL Rad. 32.363 del 16 de septiembre de 2008, SL Rad. 39.772 del 13 de marzo de 2012, SL8719 de 2014, SL2259 de 2022, entre otras, ha señalado que una vez transcurrido el plazo fijado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado adquiere el derecho a trasladarse de régimen pensional si así a bien lo tiene, por tanto, solo serán ineficaces los traslados de régimen que se hagan sin respetar el tiempo mínimo de permanencia.

Atendiendo los precitados antecedentes normativos, en el caso bajo estudio la **DEMANDANTE** se afilió a pensiones el 20 de febrero de 1982, a través de su vinculación al extinto ISS, la cual perduró con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 y solo hasta el 1º de noviembre de 1999, la **DEMANDANTE** suscribió formulario de vinculación a **PORVENIR S.A.** con el subsecuente traslado del RPM al RAIS, por lo cual no queda duda alguna de que se trata de una afiliada que quedó *automáticamente* vinculada al ISS en el RPM con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quien podía trasladarse por primera vez al RAIS en cualquier tiempo, conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en los artículos 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016, motivo por el cual la Sala revocará la decisión de declarar ilegal la vinculación a **PORVENIR S.A.**

No obstante la anterior decisión, no puede pasar por alto la Sala que en el presente asunto la **DEMANDANTE** elevó la pretensión de declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS por vulneración del deber de información por parte de **PORVENIR S.A.**, aspecto que pasa a resolver la Sala.

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con solo aportar el formulario de afiliación, ya que la mera firma de éstos por el afiliado no exime las AFP

de tal exigencia, siendo razonable concluir que la **AFP DEMANDADA** no demostró que cumplió la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** manifestó en su interrogatorio conocer conceptos como el bono pensional, la rentabilidad del aporte o inclusive reconoció que el asesor de **PORVENIR S.A.** le realizó un cálculo de su posible mesada en el RAIS a los 57 años, no obstante, aclaró que nunca recibió asesoría sobre el RPM porque únicamente se le dijo que el ISS no podría responder sus obligaciones, aseguró que no se le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM e hizo énfasis de que el asesor le aseguró que la vinculación era a un fondo de ahorro pensional del cual podría retirar los ahorros apenas completará la edad, manifestaciones que permite concluir que no hubo confesión, ya que la **DEMANDANTE** nunca reconoció haber sido debidamente asesorada sobre el alcance y consecuencias de su decisión de trasladarse al RAIS.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación de las **DEMANDADAS** y modificará el fallo a fin de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que

se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

También se ordenará a **COLPENSIONES** activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Se confirmará la condena en costas de primera instancia a cargo exclusivamente de la **AFP DEMANDADA**, por cuanto las órdenes dictadas contra **COLPENSIONES** son una consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional declarada y no de los actos propios de dicha administradora pública. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro con Solidaridad que realizó la demandante **MARTHA ROCÍO MELO PÁEZ**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos. De otra parte, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de las **AFP DEMANDADAS** los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de segunda instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

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

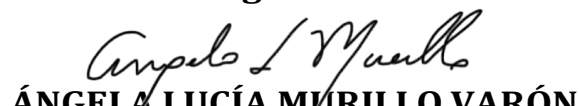
CUARTO: adicionar el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no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

QUINTO: Sin costas en segunda instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA ROCIO MELO PAEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00266 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39-2020-00381-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 18 de abril de 2022 del Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, declaró que **COLPENSIONES** puede iniciar las acciones judiciales para obtener el pago de perjuicios y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (01:01:48 archivo "*01AudArt77y80CptssS*" carpeta "*17AudienciayActaArt77y80Cptss20220418*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. XX a XX archivo "*01DemandaAnexos*" carpeta "*01DemandaReparto*").**

SANDRA PATRICIA CÓRDOBA CASTRO solicitó declarar que su traslado del RAIS al RPM es válido por no desconocer la restricción de traslado por edad, en consecuencia, condenar a **PORVENIR S.A.** al traslado de aportes y rendimientos, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 13 de agosto de 1973, se afilió al ISS el 1º de abril de 1996 y cotizó 948,14 semanas; que el 12 de agosto de 2015, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, la cual que no le brindó asesoría, ni le informó las consecuencias del traslado un día antes de cumplir 42 años ni sobre la restricción de traslado por edad. Aseguró que al momento del traslado de régimen tenía 922 semanas cotizadas, lo cual no consideró el asesor; así mismo, afirmó que el 29 de diciembre de 2016, **COLPENSIONES** le informó inconsistencias de la afiliación, por lo que el 28 de febrero de 2017, solicitó declarar nula la afiliación en el Comité de Multiafiliación, petición que reiteró ante **PORVENIR S.A.** el 1º de marzo de 2017, pero que esta rechazó; mediante fallo de tutela se ordenó a **COLPENSIONES** responder la petición y la Administradora indicó el 18 de septiembre de 2017 que la **DEMANDANTE** estaba afiliada a la AFP. Señaló que **PORVENIR S.A.** asumió, sin explicación alguna, que el traslado al RAIS se hizo efectivo el 1º de octubre de 2015, pasando por alto que el formulario de afiliación se suscribió el 12 de agosto de 2015, por lo que la permanencia obligatoria de 5 años en el RAIS se cumplió el 12 de agosto de 2020, un día antes de que la **DEMANDANTE** cumpliera 47 años, argumento con el que las **DEMANDADAS** rechazaron la solicitud de traslado al RPM en el año 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su afiliación a la AFP, la solicitud de efectuar Comité de Multiafiliación y que rechazó su solicitud de traslado al RPM. Indicó que la **DEMANDANTE** se vinculó a **PORVENIR S.A.** con formulario de afiliación del 23 de junio de 1997, efectivo desde el 20 de junio de ese año, luego se trasladó a **COLPENSIONES** el 30 de junio de 2009; con formulario fechado el 12 de agosto de 2015, en forma libre y voluntaria, y luego de una asesoría clara, veraz y oportuna sobre las condiciones y características del RAIS

y el tiempo mínimo de permanencia, la afiliada decidió retornar a **PORVENIR S.A.**, traslado que se hizo efectivo el 1º de octubre de 2015 conforme el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 y se cumplieron todos los requisitos exigidos por el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016, advirtiéndole que el aparente conflicto de multifiliación se resolvió el 1º de octubre de 2015, en el entendido de que la **DEMANDANTE** se afilió a **PORVENIR** en 1997, por lo que no hay mérito para acceder a las pretensiones. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debió por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 31 archivo *“02ContestacionDemanda”* carpeta *“07ContestacionDemandaPorvenir20210302”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE** y su afiliación al ISS, que informó el 29 de diciembre de 2016 sobre multifiliación y el 18 de septiembre de 2017 informó que la afiliación válida era en la AFP y que en 2020 rechazó la solicitud de retorno al RPM por restricción por edad. Indicó que no le constan las presuntas falencias de la asesoría de **PORVENIR S.A.** del 12 de agosto de 2015 y que la **DEMANDANTE** no aportó ninguna prueba sobre ellas, quien incumplió su carga de la prueba de acreditar causal alguna para invalidar la afiliación a dicha AFP, sin que proceda su retorno al RPM por la restricción por edad ya que no se cumplen las condiciones señaladas en la sentencia SU062 de 2010. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (archivo *“02ContestacionDemanda”* carpeta *“08ContestacionDemandaColpensiones20210308”*).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:01:48 archivo
“01AudArt77y80CptssS” carpeta
“17AudienciayActaArt77y80Cptss20220418”).**

El 18 de abril de 2022, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora **SANDRA PATRICIA CÓRDOBA CASTRO** del régimen de prima media al régimen de ahorro a través de **PORVENIR** y con efectividad a partir del 1º de octubre de 2015 fue ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que la **DEMANDANTE** jamás se separó del régimen de prima media. **SEGUNDO: CONDENAR** a **PORVENIR** a que transfiera a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE**, junto con rendimientos y gastos por administración, estos gastos deberán ser indexados, los gastos son desde el momento en que se hizo efectiva la afiliación, estoy hablando desde el 1º de octubre de 2015 y hasta que se cumpla la sentencia, sin que le sea dable descontar dineros que pagó por seguros previsionales así como el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima. **TERCERO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la **DEMANDANTE** al régimen de prima media, sin solución de continuidad. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas por las **DEMANDADAS**. **QUINTO: INFORMAR** a **COLPENSIONES** que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta sentencia y en contra de **PORVENIR**. **SEXTO:** condénese en costas a **PORVENIR**, en las cuales se debe incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Se exonera a **COLPENSIONES** de condena en costas. **SÉPTIMO:** consúltese la presente decisión por tener ordenes en contra de **COLPENSIONES**. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ ha señalado que el consentimiento informado es presupuesto necesario de la libertad de selección de régimen pensional y el cumplimiento diligente del deber de información lo debe acreditar la AFP sin que baste la mera firma del formulario de afiliación y en el caso bajo estudio la **DEMANDANTE** indicó que en 2009 se trasladó al RPM por ser más conveniente, pero los asesores de **PORVENIR S.A.** le indicaron en 2015 que podía probar los rendimientos del RAIS y si no le parecía devolverse al RPM ya que no había cumplido 42 años, información errónea en la que no se expuso que la fecha de firma del formulario es diferente a la fecha de

efectividad del traslado, además no se le hizo ningún estudio de su situación pensional y de que ya tenía casi 1000 semanas cotizadas, no obstante estar vigente el Decreto 2555 de 2010, por lo cual declaró ineficaz el traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la **DEMANDANTE** se afilió a **PORVENIR** en 1997 y se trasladó en 2009 a **COLPENSIONES**, por lo cual ya sabía como era el manejo de sus aportes en ambos regímenes y decidió libremente en 2015 retornar a **PORVENIR**, sin que la fecha de efectividad dependa del capricho de la AFP, por ende, quedó bajo la restricción de retorno al RPM por edad, sin que ello sea culpa de la AFP que siempre cumplió todas las obligaciones exigibles a la fecha del traslado. De otra parte, alegó que es desproporcionado e injustificado devolver gastos de administración, porque fueron descontados en cumplimiento de la orden dada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para financiar seguros previsionales (01:03:26 archivo “01AudArt77y80CptssS” carpeta “17AudienciayActaArt77y80Cptss20220418”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que la jurisprudencia de la H. CSJ debe estudiarse en cada caso y la **DEMANDANTE** decidió libremente trasladarse por segunda vez al RAIS sin acreditar vicio del consentimiento, sin que pueda retornar al RPM por la restricción de traslado por edad y porque no cumple los requisitos jurisprudenciales al 1º de abril de 1994 para volver al RPM en cualquier tiempo. De confirmarse el fallo, reclamó confirmar el numeral que permite a **COLPENSIONES** reclamar judicialmente la indemnización de perjuicios (01:08:24 archivo “01AudArt77y80CptssS” carpeta “17AudienciayActaArt77y80Cptss20220418”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar

el fallo por ser acorde a derecho. De otra parte, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Paola Alejandra Moreno Vásquez, identificada con CC 1.030.536.323 y TP 217.803 del CSJ, quien solicitó revocar el fallo toda vez que no procede el retorno al RPM de la **DEMANDANTE** por la restricción por edad, ni acreditó vicios del consentimiento y la AFP solo puede acreditar el cumplimiento del deber de información conforme la normatividad vigente al traslado de régimen y no con los requisitos consagrados con posterioridad, en caso de confirmarse el fallo, solicitó condicionar el cumplimiento del fallo a la devolución por la AFP del saldo de la CAIP y no ser condenada en costas. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, ya que la afiliación al RAIS es válida por ser conforme a derecho y porque se cumplió el deber de información conforme la normatividad vigente a la fecha del traslado, de lo cual da fe el formulario de afiliación, sin que para entonces fuera exigible documentar la asesoría y sin que se haya demostrado causal de nulidad o ineficacia y, en caso de confirmar el fallo, no procede la condena a devolver gastos de administración porque ello implica enriquecimiento sin justa causa y porque son cobros efectuados conforme la Ley en ambos regímenes y son prescriptibles.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **SANDRA PATRICIA CÓRDOBA CASTRO** nació el 13 de agosto de 1973 (Pág. 13 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS el 1º de abril de 1996 y cotizó 948,14 semanas (archivo “05GRP-SCH-HL-66554443332211_1929-20210223111836”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 23 de junio de 1997, efectivo a partir del 24 de junio de 1997 (Pág. 42 y 85 archivo “02ContestacionDemanda” carpeta “07ContestacionDemandaPorvenir20210302”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RAIS al RPM mediante formulario de afiliación a **COLPENSIONES** del 08 de mayo de 2009, efectivo a partir del 1º de julio de 2009 (Pág. 85 archivo “02ContestacionDemanda” carpeta “07ContestacionDemandaPorvenir20210302”); *v)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación del 12 de agosto de 2015 de **PORVENIR S.A.**, efectivo a partir del 1º de octubre de 2015, AFP donde permanece vinculada y acumula 1209 semanas cotizadas a marzo de 2021 (Pág. 32, 40 y 85 archivo “02ContestacionDemanda” carpeta “07ContestacionDemandaPorvenir20210302”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, declaró que **COLPENSIONES** puede iniciar las acciones judiciales para obtener el pago de perjuicios y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron

recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

“(…)

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

(…)”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDADA** brindará asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma del mismo por el afiliado las exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio de parte que realizó un primer traslado del RPM al RAIS en 1997 y que retornó al RPM en 2009 y luego volvió a trasladarse al RAIS en 2015 en **PORVENIR S.A.** y reconoció expresamente que en su traslado de 2009 lo fue porque conoció que le era más favorable permanecer en **COLPENSIONES**, no es menos cierto que la afiliada señaló que su traslado hacía la AFP en 2015 obedeció a que el asesor le aseguró que podría probar los rendimientos del RAIS y de no gustarle podría retornar sin problema al RPM siempre que suscribiera el formulario de afiliación antes de cumplir 42 años, afirmación que resultó falsa porque no explicó que la fecha de suscripción del formulario no era igual a la fecha de efectividad del traslado, conforme lo establecido por el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 y el trámite previo de verificación para evitar multiafiliación consagrado en el artículo 13 del Decreto 3995 de 2008, al mismo tiempo que los asesores de **PORVENIR S.A.** no entregaron ninguna otra información sobre las características del régimen ni analizaron la situación de la Demandante a la luz del Decreto 2555 de 2010.

Llama la atención de esta Sala que el traslado del RPM al RAIS del 12 de agosto de 2015 se efectuó en vigencia de la Ley 1748 de 2014, norma que impuso el deber a las administradoras de pensiones de garantizar a los clientes que deseaban trasladarse de régimen el recibir una asesoría de representantes de ambos regímenes, deber cuyo cumplimiento no se demostró en el caso bajo estudio y si bien el Decreto 2071 del 23 de octubre de 2015 no había sido expedido para la fecha del traslado, no es menos cierto que **PORVENIR S.A.** ya conocía para el momento en que vinculó a la **DEMANDANTE** el fortalecimiento del deber de información, pese lo cual no acreditó haber desplegado medida alguna para informar al potencial afiliado todas las consecuencias del traslado al RAIS, en especial que la fecha de efectividad sería posterior a la fecha en que la afiliada quedaría cobijada por la restricción de traslado de régimen pensional por edad, falencia que tampoco se preocupó en subsanar **COLPENSIONES**.

De otra parte, no es correcta la manifestación de la apoderada de **COLPENSIONES** de que no es procedente declarar la ineficacia del traslado porque la **DEMANDANTE** no cumple los requisitos exigidos en las sentencias SU062 de 2010, ya que dicha providencia establece la posibilidad de retornar al RPM en cualquier tiempo por régimen de transición por semanas cotizadas, asunto totalmente distinto al caso bajo estudio donde se discute dicho retorno por ineficacia del traslado por vulneración del deber de información.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADAS** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a

COLPENSIONES, percibidos durante la vinculación del afiliado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se confirmará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

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

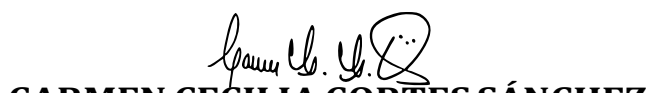
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA CORDOBA CASTRO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

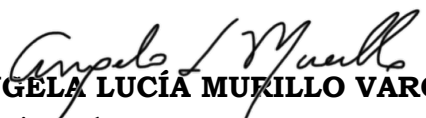
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2020 00381 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39-2021-00031-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 02 de mayo de 2022 del Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, declaró que **COLPENSIONES** puede iniciar las acciones civiles para obtener el pago de perjuicios y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS** (59:32 archivo "01AudArt77y80CptssMarthaPatriciaCamachoMoralesVsColpensionesPorvenirColfondosIneficacia" carpeta "22AudienciaYActaArt77y80Cptss20220402").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 4 a 22 archivo "*DemandaSubsanada*" carpeta "*04SubsanacionDemanda20210427*").

MARTHA PATRICIA CAMACHO MORALES solicitó declarar nulo o ineficaz su afiliación a **COLFONDOS S.A.** y ordenar el traslado de aportes y rendimientos a **COLPENSIONES**, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 06 de enero de 1965, que se afilió al ISS y cotizó 693 semanas, que el 10 de noviembre de 1994 se trasladó a **COLFONDOS S.A.** y el 22 de abril de 1997 se trasladó a **PORVENIR S.A.**, el 14 de septiembre de 1999 se afilió a AFP COLPATRIA S.A. y el 23 de mayo de 2008 regresó a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Señaló que el 18 de septiembre de 2019 solicitó proyección pensional y **PORVENIR S.A.** le indicó que sería de \$2.466.800, mientras que en el RPM será de \$4.137.970, siendo evidente el perjuicio que implicaría recibir una mesada inferior, por lo cual solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, el cual negó el 04 de marzo de 2020.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE** y su permanencia en el ISS y sus traslados entre AFP. Afirmó que suministró información sobre los regímenes pensionales al momento del traslado de AFP, que la **DEMANDANTE** tiene deber como consumidora financiera de solicitar asesoría y que conoce la naturaleza de capitalización del RAIS al punto que se trasladó buscando mejores rendimientos y permaneció varios años sin solicitar el retorno al RPM y aseguró que el deber de realizar comparaciones y proyecciones inició con el Decreto 2555 de 2010, por lo que a la fecha del traslado bastaba con dar asesoría verbal sobre las características pensionales consagradas en la Ley 100 de 1993, la cual también era de público conocimiento y no se acredita ninguna causal de nulidad o ineficacia. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Pág. 1 a 24 archivo “02CONTESTACION DEMANDA” carpeta “09Contestacionporvenir20210819”).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE**, su afiliación al ISS y que negó

la solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, sin embargo, no hay prueba de que las irregularidades alegadas en la demanda hayan ocurrido y por ende no son más que apreciaciones subjetivas del apoderado de la **DEMANDANTE**, por ende, no hay mérito para declarar ineficaz la afiliación a las **AFP DEMANDADAS**, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción por edad y por la ausencia de prueba de causal de nulidad o ineficacia. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por actos de relacionamiento y la genérica (archivo “02Contestacion” carpeta “10ContestacionColpensiones20210825”).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la **DEMANDANTE** y su afiliación a **COLFONDOS S.A.** y traslado de AFP. Indicó que la afiliación a la AFP fue voluntaria e informada, la cual cumplió todos los requisitos legales para garantizar el derecho de escogencia, informando las características de cada régimen pensional y las consecuencias y alcance de su decisión. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica (Pág. 1 a 19 archivo “02Contestacion” carpeta “11ContestacionColfondos20210826”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (59:32 archivo “01AudArt77y80CptssMarthaPatriciaCamachoMoralesVsColpensionesPorvenirColfondosIneficacia” carpeta “22AudienciaYActaArt77y80Cptss20220402”).

El 02 de mayo de 2022, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora **MARTHA PATRICIA CAMACHO MORALES** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS y con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1994 fue ineficaz y por ende no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que la DEMANDANTE jamás se separó del régimen de prima media, situación que también debe entenderse frente a las afiliación que se hicieron al interior del RAIS, estoy hablando de la de COLFONDOS a PORVENIR, de PORVENIR a COLPATRIA y de COLPATRIA a PORVENIR. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera a COLPENSIONES las sumas que recibió por gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la DEMANDANTE, esto es, desde el 1º de diciembre de 1994 hasta el 31 de mayo de 1997, sin que le sea dable descontar dinero alguno e indexando las mismas al momento del pago. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a que transfiera toda suma de dinero que obre en la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, junto con los rendimientos y gastos por administración, estos indexados, sin que le sea dable descontar dineros que haya pagado por seguros previsionales, esto son los que van para pensión de invalidez y sobreviviente, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, durante el tiempo que ha estado afiliada la DEMANDANTE y voy a decirlo desde el 1º de junio de 1997 porque si bien fueron con varias entidades, ya todas hoy son PORVENIR. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba las sumas de dinero de parte de COLFONDOS y PROTECCIÓN (Sic) y reactive la afiliación de la DEMANDANTE al régimen de prima media sin solución de continuidad. QUINTO: declarar no probadas las excepciones propuestas por las DEMANDADAS. SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar la ineficacia que se declara y en contra de COLFONDOS y PORVENIR. SÉPTIMO: las costas estarán a cargo de COLFONDOS y PORVENIR, dentro de las cuales se deberán incluir la suma de dos millones de pesos, para la liquidación de costas se debe aplicar la regla sexta del artículo 365 y es distribuirlas en partes iguales a las condenadas. OCTAVO: consúltese la presente la presente decisión con el superior por tener unas ordenes en contra de COLPENSIONES. (...)”.*

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ ha señalado que el consentimiento informado es presupuesto necesario de la libertad de selección de régimen pensional y el cumplimiento diligente del deber de información lo debe acreditar la AFP sin que baste la mera firma del formulario de afiliación, por ende, a pesar que la **DEMANDANTE**

acreditó conocer aspectos del RAIS como bono pensional, rendimiento y que la pensión depende del capital, así como los requisitos exigidos en el RPM, ello no demuestra que se hayan comparado los regímenes ni que se hayan explicados las formulas y factores que inciden en dicho monto y esa falta de prueba de que brindó información transparente conllevó a declarar ineficaz el traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que no hay similitud en las condiciones fácticas del caso y la de los procesos que conforman el precedente de la H. CSJ, porque la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio evidenció un conocimiento suficiente para entender las consecuencias de su traslado al RAIS, al conocer como se financiaba la pensión en ese régimen y la información que se debía entregar era necesaria, veraz y suficiente, sin llegar al extremo de un buen consejo porque ello inició con el artículo 30 de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y todo consumidor financiero debe actuar con mediana diligencia y más aún cuando todo dato relevante con el régimen pensional esta consagrado en la Ley, la cual es pública y puede ser validada en cualquier momento, por lo cual no hay motivo para declarar ineficaz el traslado. De otra parte, solicitó revocar la condena a devolver los rendimientos financieros, porque si la afiliación fue ineficaz no hay frutos que la AFP deba retornar, más aún cuando los rendimientos no se generan en el RPM donde se supone que siempre ha permanecido la **DEMANDANTE**, así mismo, no procede la devolución de gastos de administración, porque la Ley autorizó a la AFP a descontar 3% para remunerar su gestión y pagar seguros previsionales que siempre cubrieron en debida forma el riesgo de invalidez y muerte, por ende, no se deben devolver tales gastos para evitar un enriquecimiento sin justa causa y porque el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 indica que en caso de traslado no se deben devolver aquellos gastos (01:02:03 archivo “01AudArt77y80CptssMarthaPatriciaCamachoMoralesVsColpensiones PorvenirColfondosIneficacia” carpeta “22AudienciaYActaArt77y80Cptss20220402”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, por cuanto la **DEMANDANTE** no cumple los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003 y sentencia SU-062 de 2010 para retornar al RPM en cualquier tiempo a pesar de la restricción por edad (01:08:38 archivo “01AudArt77y80CptssMarthaPatriciaCamachoMoralesVsColpensiones PorvenirColfondosIneficacia” carpeta “22AudienciaYActaArt77y80Cptss20220402”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a derecho. De otra parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, toda vez que la afiliación al RAIS es válida por ser conforme a derecho y porque se cumplió el deber de información conforme la normatividad vigente a la fecha del traslado, de lo cual da fe el formulario de afiliación, sin que para entonces fuera exigible documentar la asesoría y sin que se haya demostrado causal de nulidad o ineficacia y, en caso de confirmar el fallo, no procede la condena a devolver gastos de administración porque ello implica enriquecimiento sin justa causa y porque son cobros efectuados conforme la Ley en ambos regímenes y son prescriptibles. Por su parte, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Michael Cortázar Camelo, identificado con CC 1.032.435.292 y TP 289.256 del CSJ, quien solicitó revocar el fallo, ya que la **DEMANDANTE** no cumplió la carga de la prueba de acreditar causal de ineficacia del traslado, no procede su retorno al RPM por la restricción por edad y permitir lo contrario afecta el principio de sostenibilidad financiera.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MARTHA PATRICIA CAMACHO MORALES** nació el 06 de enero de 1965 (Pág. 23 archivo “*DemandaSubsanada*” carpeta “*04SubsanacionDemanda20210427*”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS el 12 de noviembre de 1985 (archivo “*05HistoriaLaboral*” carpeta “*10ContestacionColpensiones20210825*”); **iii)** la **DEMANDANTE** se traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS** efectiva a partir del 1º de diciembre de 1994 (carpeta “*18RequerimientoColfondos28042022*”); **iv)** la **DEMANDANTE** se traslado de AFP mediante formulario de **PORVENIR S.A.** del 22 de abril de 1997, luego a AFP COLPATRIA mediante formulario del 14 de septiembre de 1999, luego a la AFP HORIZONTE mediante formulario del 29 de septiembre de 2000 y finalmente retornó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 23 de mayo de 2008; AFP donde permanece vinculado y donde acumula 1828 semanas cotizadas a agosto de 2021

(Pág. 25, 67 a 75, 81 archivo “02CONTESTACION DEMANDA” carpeta “09Contestacionporvenir20210819”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración, declaró que **COLPENSIONES** puede iniciar las acciones civiles para obtener el pago de perjuicios y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

En aplicación a las reglas decisoriales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** brindarán asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado,

obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque se limitaron a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma del mismo por el afiliado las exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** manifestó en su interrogatorio que el asesor de **COLFONDOS S.A.** le explicó en una reunión individual de media hora que pasaría de un fondo público a una privado donde sus aportes iban a estar en una cuenta individual a su nombre, generarían rendimientos y que la pensión dependería del capital ahorrado, rendimientos y bono pensional, tras lo cual se traslado de AFP buscando la mejor tasa de rendimiento, lo cierto es que también aclaró que ninguna de las **AFP DEMANDADAS** le informó que necesitaría un capital mínimo para pensionarse, a la vez que tampoco mencionó conocer los factores que inciden en la determinación del monto de la mesada en el RAIS, por tanto, no se configuró confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

De otra parte, no es correcta la manifestación de la apoderada de **COLPENSIONES** de que no es procedente declarar la ineficacia del traslado porque la **DEMANDANTE** no cumple los requisitos exigidos en las sentencias SU-062 de 2010, ya que dicha providencia establece la posibilidad de retornar al RPM en cualquier tiempo por régimen de transición por semanas cotizadas, asunto totalmente distinto al caso bajo estudio donde se discute dicho retorno por ineficacia del traslado por vulneración del deber de información.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de

las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes

pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

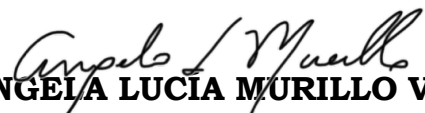
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

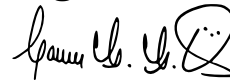
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA CAMACHO MORALES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2021 00031 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2019-00438-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante **JHON EDISON PINEDA ALBARRACÍN** contra la sentencia del 09 de febrero de 2022 del Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (01:32 archivo “19AudioArt.80cpl”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 5 a 11, 50 a 51 archivo “01CuadernoPrincipal”).**

JHON EDISON PINEDA ALBARRACÍN solicitó declarar que existió un contrato de trabajo con **SELECTIVA S.A.S.**, quien terminó el contrato desconociendo el fuero de salud del trabajador, en consecuencia, condenar a las **DEMANDADAS** al reintegro del trabajador, pago de salarios, aportes a seguridad social, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 1° de noviembre de 2017, suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada con **SELECTIVA S.A.S.** para el cargo de productos del programa

trendiando, siendo usuaria **LATV SUCURSAL COLOMBIA** y emitido el programa en el canal **NUESTRA TELE INTERNACIONAL – RCN TELEVISIÓN**, con un salario de \$3.000.000. Afirmó que el 1° de noviembre de 2018, suscribió otro sí por el cual se declaró vigente el contrato no obstante su modalidad, decisión que tomó porque estaba bajo recomendaciones médicas; que el 04 de septiembre de 2018, se halló *bulto* a nivel umbilical con dolor y se autorizó consulta con especialista y restricciones médicas, documentos que adjuntó a su empleador; luego, el 27 de septiembre de 2018, se halló defecto herniario a nivel supraumbilical y el 02 de octubre de 2018, su médico le recomendó evitar cargas superiores a 10kg, no hacer esfuerzo y descansar entre actividades, efectuando **SELECTIVA S.A.S.** seguimiento laboral a recomendaciones médicas el 05 de octubre de 2018 y el 30 de enero de 2019; posteriormente, le concedieron vacaciones desde el 26 de marzo de 2019, desconociendo el término de anticipación del artículo 187 CST; el 08 de abril de 2019, le comunicaron la terminación del contrato desde ese mismo día alegando que la empresa usuaria terminó el contrato, siendo despedido en pleno tratamiento médico sin autorización del MINISTERIO DEL TRABAJO y pasando por alto que el programa *trendiando* se sigue produciendo y emitiendo.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

RCN TELEVISIÓN S.A. se opuso a las pretensiones. Indicó que no le consta ningún hecho. Manifestó que no fue empleador ni la supuesta empresa usuaria de la empresa de servicios temporales que contrató al **DEMANDANTE**; así mismo, no produjo ni transmitió el programa *trendiando*, por lo cual no tiene ni responsabilidad ni conocimiento de la presunta relación laboral alegada en la demanda. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (Pág. 99 a 107 archivo “01CuadernoPrincipal”).

LATV SUCURSAL COLOMBIA se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que **SELECTIVA S.A.S.** es una Empresa

de Servicios Temporales - EST y la suscripción de otro sí. Indicó que suscribió distintos convenios comerciales con la EST, conforme el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, siendo **SELECTIVA S.A.S.** la empleadora del **DEMANDANTE**, quien lo envió como trabajador en misión como productor del programa *trendiando*, requerimiento que finalizó definitivamente el 31 de octubre de 2018, con la modificación de las condiciones de producción y transmisión del programa, sin embargo, tuvo conocimiento de que la EST suspendió la terminación del contrato por unas recomendaciones médicas y unas vez aquellas finalizaron, procedió a hacer efectiva la terminación.

Aseguró que *trendiando* fue el único programa que produjo de forma directa para ser emitido en un canal de señal internacional y su existencia se condicionó a los resultados del programa, por lo cual vinculó personal en misión y luego modificó las condiciones debido a los resultados, desapareciendo el cargo de productor, actividad que dejó de ser requerida ya que si bien el programa se siguió emitiendo, las actividades ejecutadas luego del 31 de octubre de 2018 solo fueron administrativas, en todo caso, aseguró que la EST le informó que al momento de la terminación del contrato de trabajo, el **DEMANDANTE** no estaba incapacitado, ni tenía restricciones o recomendaciones médicas. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (Pág. 108 a 122 archivo “01CuadernoPrincipal”).

SELECTIVA S.A.S. se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a que es una empresa de servicios temporales, que suscribió contrato de trabajo por obra o labor determinada con el **DEMANDANTE** por el cargo y salario indicados, vigente por el tiempo que durara el requerimiento del servicio por la empresa usuaria; que suscribió otro sí el 1º de noviembre de 2018 y que el **trabajador** recibió recomendaciones médicas. Indicó que el contrato de trabajo del **DEMANDANTE** era por obra, la cual no era otra que el requerimiento del servicio por la usuaria **LATV SUCURSAL COLOMBIA**, quien dejó de requerir el servicio el 31 de octubre de

2018, pero el trabajador tenía una situación médica pendiente de definición, motivo por el cual no terminó el contrato de trabajo por solidaridad y la mantuvo, por lo que suscribió otro si condicionando la vigencia del vínculo hasta el cese de su situación médica, hecho que ocurrió el 08 de abril de 2019, fecha en la cual el demandante no presentó incapacidad, ni recomendación ni restricción médica ni tratamiento alguno pendiente de trámite, momento en el que se materializó la terminación del contrato de trabajo con justa causa legal. Interpuso las excepciones de inexistencia de solidaridad entre la EST y la usuaria y **TV SUCURSAL COLOMBIA**, inexistencia de causa para pedir, pago total de las obligaciones del contrato de trabajo, buena fe, no limitación del **DEMANDANTE** al momento de la terminación del contrato de trabajo, no relación de causalidad entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del trabajador, no pérdida de capacidad laboral, no aplicación de la Ley 361 de 1997, mala fe del **DEMANDANTE**, falta de derecho sustantivo, cesión de la facultad subordinante a la empresa usuaria, trabajador en misión, compensación, terminación del contrato por finalización de la labor u obra contratada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica (Pág. 3 a 67 archivo “08ContestacionSelectiva”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:32 archivo “19AudioArt.80cpl”).

El 09 de febrero de 2022, el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas SELECTIVA S.A.S., RCN TELEVISIÓN S.A. y LATV SUCURSAL COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor demandante JOHN EDISON PINEDA ALBARRACÍN en su demanda. SEGUNDO: dadas las results del proceso se declaran probadas las excepciones de fondo propuestas por las DEMANDADAS en sus contestaciones. TERCERO: costas procesales serán a cargo del DEMANDANTE. Las agencias en derecho se tasan en favor de cada una de las DEMANDADAS en \$300.000. CUARTO: por haber sido esta decisión totalmente desfavorable al trabajador DEMANDANTE, ORDÉNESE la consulta ante el Superior para que revise la legalidad de lo decidido. (...)”.

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

Para resolver indicó que se acreditó que el **DEMANDANTE** vinculada por **SELECTIVA S.A.S.**, prestando su servicio como trabajador en misión en **LATV SUCURSAL COLOMBIA**, a partir del 1° de noviembre de 2017, sin cumplir los requisitos para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada, por cuanto al momento de la terminación del contrato de trabajo no demostró una PCL del 15% o más, conforme lo exige la H. Corte Suprema de Justicia, ni una imposibilidad o dificultad sustancial para prestar su servicio con ocasión de su estado de salud, conforme exige la H. Corte Constitucional, en consecuencia, si bien hubo recomendaciones médicas, no se pudo establecer que estuvieran vigentes a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el cual se extendió más allá del límite legal por la actitud solidaria del empleador, quien no finalizó el contrato hasta tanto verificara la inexistencia de un impedimento a dicha decisión en atención a la salud del **DEMANDANTE**.

III. 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 el fallo y conceder las pretensiones, alegando que se acreditó que la terminación del contrato obedeció al estado de salud del trabajador, que lo limitó para cumplir su función, siendo las sociedades distintas al empleador beneficiarias de la producción del programa televisivo, por lo cual procede la condena contra todas ellas. La apoderada principal de **RCN TELEVISIÓN S.A.** y **LATV SUCURSAL COLOMBIA** solicitó confirmar el fallo, alegando que la EST respetó la limitación temporal del suministro de trabajadores en misión y que el trabajador no cumple los requisitos para acceder al fuero de estabilidad laboral reforzada. Agotado el término, el apoderado de **SELECTIVA S.A.S.** no presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al **TRABAJADOR DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud y demás pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el 1° de noviembre de 2017, se celebró contrato de trabajo por obra o labor determinada entre el demandante **JHON EDISON PINEDA ALBARRACÍN** y la demandada **SELECTIVA S.A.S.**, por el cual el trabajador en misión ocupó el cargo de productor del programa *Trendiando* en la empresa usuaria **LATV SUCURSAL COLOMBIA** (Pág. 81 a 82 archivo “08ContestacionSelectiva”); **ii)** el 1° de noviembre de 2018, se suscribió otro sí No. 1 entre el empleador y el trabajador, por el cual se acordó que el contrato de trabajo seguiría vigente en razón a las recomendaciones médicas por enfermedad general (Pág. 111 archivo “08ContestacionSelectiva”); **iii)** el 08 de abril de 2019, el empleador notificó por escrito la terminación del contrato, por finalización de la obra o labor contratada (Pág. 118 archivo “08ContestacionSelectiva”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró probadas las excepciones, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del **DEMANDANTE**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991, consagra la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Por su parte, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prohíbe despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación efectuada sin considerar tal prohibición, conforme la interpretación obligatoria de dicha norma que adoptó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de esta protección laboral es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente, se consideró que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud se activa cuando se acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, exigir un grado de limitación de al menos del 15% es válido cuando se refiere a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5427 de 2021, SL582 de 2022, SL822 de 2022, entre otras.

Hoy en día, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad

de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002, el artículo 1 de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

Conforme la actual definición de discapacidad, en la sentencia SL260 de 2019 la H CSJ señaló que el fuero se activa cuando el trabajador acredita una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% o cuando ante la falta de calificación, logra acreditar que su estado de salud le impide o limita su capacidad de trabajo, posición reiterada en las sentencias SL572 de 2021, SL1404 de 2021 y SL4228 de 2021, SL822 de 2022, entre otras, en las cuales la Alta Corte afirmó que en virtud del principio de libertad probatoria, cuando no hay calificación y se desconoce el grado concreto de limitación, se puede inferir la situación de discapacidad de hechos como una incapacidad prolongada, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación o cualquier otra situación que acredite una notoria, evidente y perceptible afectación, grave y severa, de la salud del trabajador, la cual limita la realización de su trabajo.

La anterior posición concuerda con la de la H. Corte Constitucional, quien en la sentencia C-824 de 2011, indicó que la estabilidad laboral reforzada se extiende a las personas en estado de debilidad manifiesta causada por un estado de salud que les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente de si han sido calificadas. Así mismo, en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, se reafirmó que este fuero cobija no solo a quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, sino también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, porque ambos grupos poblacionales tienen el derecho a conservar su empleo y beneficiarse de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo cuando ocurre una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo.

Es importante precisar que tanto la H. CSJ como la H. Corte Constitucional exigen que además de acreditar la situación de

discapacidad, el empleador debe conocer dicho estado o al menos acreditar factores que permitan inferir razonablemente que era notorio tal conocimiento, tal y como se indicó en las sentencias SU-049 de 2017 y SU-380 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras. Así mismo, la sentencia SL5181 de 2019 la H. CSJ indicó que no se requiere un carnet de EPS o un dictamen de capacidad laboral para demostrar tal conocimiento del empleador, ya que el carácter finalista del fuero conlleva a que si se demuestra que el empleador conoció, por cualquier medio, de una seria y grave afectación de salud del trabajador, entonces está obligado a ejercer cuidadosamente su potestad de terminar el contrato de trabajo, apoyándose previamente en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su empleado, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando a las Entidades respectivas el análisis del caso.

En cuando la carga de la prueba de este fuero, la H. CSJ señaló en la sentencia SL1360 de 2018 que la finalidad de esta protección es evitar la discriminación del trabajador por su estado de salud, por tanto, si la finalización del contrato obedece a razones objetivas no relacionadas con la salud, entonces no opera el amparo y subsecuentemente no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo, sin embargo, si el trabajador logra demostrar en juicio que sí estaba discapacitado, se presume que la finalización de su contrato fue discriminatoria y el empleador deberá demostrar que tal acción obedeció a circunstancias objetivas y, de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz. Dicha posición ha sido ratificada en las sentencias SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, SL753 de 2022, SL856 de 2022, SL1159 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, no existe ninguna duda o discusión sobre la existencia del contrato de trabajo por obra o labor determinada que ató al **DEMANDANTE** y a la demandada **SELECTIVA**

S.A.S., sus extremos temporales y la justa causa alegada por el empleador para dar por finalizado el mismo.

Así las cosas, corresponde determinar si la terminación del contrato de trabajo carece de efectos jurídicos al desconocer el presunto fuero de estabilidad laboral reforzada del **DEMANDANTE**, siendo relevante considerar los antecedentes normativos expuestos sobre la protección laboral reforzada con ocasión de afectaciones de salud, la cual solo puede entenderse al precisar el concepto de *discapacidad*, que conforme la H. CSJ corresponde a una PCL de mínimo el 15% en aquellos eventos ocurridos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, derogado por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013. Para los casos posteriores, la *discapacidad* refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide sustancialmente la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002, el artículo 1° de la Ley 1346 de 2009 y la Ley 1618 de 2013.

En el caso bajo estudio, el **DEMANDANTE** aportó documento fechado el 27 de septiembre de 2018, en el que se le diagnosticó *defecto herniario a nivel supraumbilical pericicatrizaral derecho*; así mismo, allegó copia del escrito del 02 de octubre de 2018, suscrito por su empleador **SELECTIVA S.A.S.** y por el cual notificó al **DEMANDANTE** las recomendaciones emitidas por COMPENSAR E.P.S. de restricción de actividades de esfuerzo, no levantar peso mayor a 10 kg y permitir descanso entre actividades (Pág. 36 y 38 archivo “01CuadernoPrincipal”).

Del mismo modo, el **DEMANDANTE** también aportó copia del seguimiento que su empleador efectuó a las precitadas recomendaciones, los días 05 de octubre de 2018 y del 30 de enero de 2019, las cuales detallan que la Empresa de Servicios Temporales restringió las actividades de esfuerzo, levantamiento de peso y autorizó al trabajador la realización autónoma de pausas activas (Pág. 39 a 44

archivo “01CuadernoPrincipal”), lo cual concuerda con la modificación de las funciones del trabajador que efectuó **SELECTIVA S.A.S.** el 05 de octubre de 2018, oportunidad en la cual estableció la ausencia de fecha límite o de cierre de las restricciones y que las mismas estarían vigentes hasta una nueva valoración médica que prorrogue o diera cierre al caso del trabajador (Pág. 108 a 110 archivo “08ContestacionSelectiva”).

Los anteriores elementos de prueba documentales acreditan que el **DEMANDANTE** fue objeto de recomendaciones médicas por parte de COMPENSAR E.P.S., que el empleador conoció las mismas y que procedió a reajustar las actividades del trabajador para cumplirlas, sin establecer el vencimiento de las recomendaciones, por lo cual consideró que se mantendrían vigentes hasta nueva valoración médica que ordenara su prorroga o el cierre del caso, sin que exista ninguna prueba documental de que al momento de la terminación del contrato de trabajo, el 08 de abril de 2019, se hubiera definido que dichas recomendaciones había perdido su vigencia.

No obstante, si bien el **DEMANDANTE** alegó en su interrogatorio de parte que se sintió enfermo y que no era cierto que su cargo no implicara esfuerzo físico, también confesó que a la fecha de terminación de su contrato de trabajo no estaba incapacitado ni había sido calificada su pérdida de capacidad laboral (27:11 y 33:15 archivo “18AudioArt.80cpl”).

La anterior circunstancia es sumamente relevante para resolver el caso, por cuanto si bien el **DEMANDANTE** alegó que sus restricciones dificultaron la prestación de su servicio porque si debía levantar peso al manipular cámaras y equipo en la calle durante la realización de notas, lo cierto es que el propio **DEMANDANTE** informó que su función de salir a la calle le fue retirada y que se limitó a realizar tareas de oficina (15:30 archivo “18AudioArt.80cpl”).

De otra parte, la ausencia de incapacidades, la falta de renovación de las recomendaciones, la no expedición de restricciones médicas y en general la ausencia de documentos médicos que

acrediten la existencia de un tratamiento médico en el tiempo, conducen a este tribunal a concluir que el **DEMANDANTE** no cumplió la carga de la prueba de acreditar el padecimiento de graves patologías que le impidieran o dificultaran sustancialmente la prestación del servicio, mucho menos la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral que acredite las dificultades para el desarrollo de su rol laboral, motivo por el cual no logró acreditar los presupuestos normativos para activar la garantía de estabilidad laboral reforzada.

Como no existe mérito para acceder a declarar el fuero de estabilidad ocupacional reforzada por afectaciones de salud, no queda opción distinta que rechazar las demás pretensiones, cuya viabilidad estaba condicionada a que fuera declarada la existencia del fuero reclamado, motivo por el cual se confirmará el fallo consultado. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

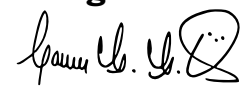
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2019-00487-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 11 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, declaró probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte demandante en cuantía de \$600.000 (*min. 01:15:36 archivo “39Audio Sentencia”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (*Pág. 4 a 9 y 91 a 93 archivo “01. Cuaderno principal”*).

DORA GÓMEZ DE ARIZA solicitó declarar que COLPENSIONES le reconoció la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.454.254 mediante Resolución GNR248690 del 14 de agosto de 2015, que COLPENSIONES revocó sin fundamento dicho acto administrativo mediante Resolución SUB15429 del 18 de enero de 2018, como consecuencia de ello solicitó se revoque la citada resolución, que se

restablezca el pago de las mesadas pensionales a partir del 01 de febrero de 2018, intereses moratorios, condena extra y ultra *petita* y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 31 de marzo de 1931, estuvo casada con Regulo Ariza Téllez, quien falleció el 21 de diciembre de 1979; que inició convivencia en unión marital de hecho con Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d.) desde el 12 de octubre de 1982 hasta la fecha de su fallecimiento, 14 de junio de 2014; que mediante Resolución GNR248690 del 14 de agosto de 2015 COLPENSIONES le reconoció la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.454.254 a partir de la fecha de fallecimiento del causante; que Silvino Hernando Acero Suárez y Pedro Jesús Acero Suárez, hermanos de Héctor Mario Acero Suarez (q.e.p.d), el 10 de octubre de 2015 denunciaron a la demandante solicitando a COLPENSIONES investigaran el reconocimiento pensional, al considerar que se obtuvo de forma fraudulenta puesto que entre la demandante y Héctor Mario no hubo convivencia; que con ocasión de esta solicitud, COLPENSIONES ordenó la realización de la investigación administrativa especial No.149 de 2017 con el fin de verificar el procedimiento que condujo a la expedición de la Resolución GNR248690 del 14 de agosto de 2015; que la investigación administrativa concluyó con auto de cierre No. 2625-17 del 28 de noviembre de 2017, en la cual se determinó que la demandante no logró acreditar el requisito de convivencia y como consecuencia COLPENSIONES expidió la Resolución SUB 9718 de fecha 18 de enero de 2018 revocando la Resolución GNR248690 del 14 de agosto de 2015 y ordenado el reintegro de los recursos girados: que una vez recurrido el acto administrativo, fue confirmado mediante las resoluciones SUB214713 del 13 de agosto de 2018 y DIR 17145 de del 21 de septiembre de 2018; y que acompañó a Héctor Mario Acero Suarez (q.e.p.d) cuando ingresó a la institución Hermanitas de los Pobres el 12 de enero de 2014, donde permaneció hasta el día 14 de junio de 2014, cuando falleció.

CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 99 a 113 archivo “01. Cuaderno principal”).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes mediante Resolución GNR248690 del 14 de agosto de 2015, la presentación de la denuncia, la investigación administrativa especial, la revocatoria de la Resolución GNR248690 y la expedición de los actos administración de confirmación, de los demás hechos manifestó no constarle. Indicó que la demandante no demostró la convivencia real con el causante, en los términos requeridos en la Ley 100 de 1993. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

El Ministerio Público, en escrito de intervención del 03 de agosto de 2020, señaló que en principio la actuación adelantada por COLPENSIONES se ajusta a las competencias que legalmente le han sido asignadas y solicitó se decretaran pruebas para establecer la relación que existió entre la demandante y el de *cujus* (pág. 1 a 6 archivo “03. Intervencion Procuraduria 20200804”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:15:36 archivo “39Audio Sentencia”)

El 11 de agosto de 2021, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora Dora

*Gómez de Ariza. **SEGUNDO:** como consecuencia de lo anterior se DECLARAN probadas las excepciones propuestas por Colpensiones en su contestación. **TERCERO: CONDÉNESE** en costas a la señora demandante y las agencias en derecho se tasan a favor de COLPENSIONES en \$600.000 pesos. **CUARTO: ORDÉNESE** el grado jurisdiccional de consulta de esta sentencia ante el superior a favor de la demandante por haber sido totalmente desfavorable a sus pretensiones.”*

El Juez fijó como problema jurídico establecer si se debe declarar la suspensión de los efectos jurídicos de las resoluciones SUB 9718 de fecha 18 de enero de 2018, resolución SUB 15429 y SUB 2147 de 2018 y la resolución y DIR17 145 de fecha 21 de septiembre de 2018 por medio de las cuales COLPENSIONES dejó sin efectos la sustitución pensional a la demandante y si como consecuencia se debe restablecer los efectos jurídicos de la resolución GNR248690 de fecha 14 de agosto de 2015.

Para resolver consideró que durante el trámite administrativo la demandante incurrió en muchas contradicciones, que de acuerdo con las pruebas testimoniales no se logró establecer la existencia de la convivencia necesaria para que salgan avantes las pretensiones de la demandante, concluyó que al momento del deceso del causante no existía convivencia con la demandante y lo que existió fue una relación de carácter sentimental (noviazgo) mas no una convivencia de vida en común.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación. Para sustentar, acudió al concepto de convivencia que se ha establecido vía jurisprudencial, el cual, dice, debe ser estudiado de acuerdo con las particulares de cada caso; que el operador judicial no evaluó detalladamente los testimonios aportados por la demandante, que del testimonio de Elvira Sánchez se estableció un amor, cuidado, respeto, ayuda mutua y voluntad entre el causante y la demandante,

que a pesar de haber solicitado aportar fotografías y un documento denominado testamento, el juzgado se denegó para que fueran presentadas en la audiencia.

Que el *a quo* determinó que la demandante tuvo una relación de amante con el causante y que no era cierto, que el testigo José Said dio detalles de la relación de la demandante y el causante, que de los testimonios del señor Pedro y José se determina que conocen a la demandante y que no tenían una buena relación; que el *a quo* interpretó erróneamente la convivencia por cuanto determinó que de los testimonios no se logra establecer la misma, pero considera que se cumplen los actos de amor y cuidado entre la demandante y el causante y que claramente no podían convivir bajo el mismo techo porque la madre o familia de Héctor Mario no lo permitía, que se demostró la ayuda mutua, el apoyo y la solidaridad de la demandante con el causante durante 30 años; y se duele de que el Juzgado determinó que la demandante había desistido del proceso de unión marital de hecho porque los demandados habían contestado la demanda sin ser de su competencia evaluar dicho expediente y que por ende hubo una violación al debido proceso.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primer grado argumentando que la demandante no acreditó el tiempo mínimo de convivencia.

No hubo pronunciamiento de la parte demandante ni del Ministerio Público.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante acredita la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente y si como consecuencia de ello se debe condenar a la demandada a reactivar la mesada pensional a partir del 01 de febrero de 2018 conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el causante Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d) falleció el 14 de junio de 2014 (*pág. 19 archivo “01. Cuaderno principal”*); **ii)** que Colpensiones mediante Resolución GNR248690 de fecha 14 de agosto de 2015 le reconoció la pensión de vejez *post mortem* a Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d) a partir del 13 de mayo de 2000 por ser beneficiario del régimen de transición, ordenando el pago de retroactivo a herederos a partir del 1° de febrero de 2012, por prescripción, en el mismo acto administrativo ordenó el pago de una sustitución *post mortem* de vejez a favor de DORA GÓMEZ DE ARIZA en cuantía de \$1.507.480 a partir del 14 de junio de 2014. (*pág. 26 al 31 archivo “01. Cuaderno principal”*); **iii)** que COLPENSIONES mediante Resolución SUB9718 del 17 de enero de 2018 revocó la Resolución GNR248690 del 14 de agosto de 2015 argumentando que la demandante no acreditó convivencia con el causante (*pág. 32 al 41 archivo “01. Cuaderno principal”*); **iv)** que COLPENSIONES mediante Resolución SUB15429 del 18 de enero de 2018, ordenó a la demandante reintegrar la suma de \$127.674.534 (*pág. 42 a 49 archivo “01. Cuaderno principal”*); **v)** y que mediante resoluciones

SUB214713 del 13 de agosto de 2018 y DIR17145 del 21 de septiembre de 2018 confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 9718 del 17 de enero de 2018. *(pág. 50 a 72 archivo “01. Cuaderno principal”)*.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante atendiendo el siguiente marco normativo y jurisprudencial:

- Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del compañero permanente en vigencia de la Ley 797 de 2003.

La H. CSJ, de forma pacífica y reiterada, ha sostenido que la normatividad vigente a la fecha de muerte del causante regula la pensión de sobrevivientes, tal y como ha ratificado en las sentencias SL1357 de 2022, SL1427 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras.

Así las cosas, las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de 5 años.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiendo la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no

desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, no hay duda que el afiliado Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d) falleció el 14 de junio de 2014 (*pág. 19 al 20 archivo “01. Cuaderno principal”*), por ende, la normatividad vigente a la fecha de fallecimiento del causante es la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Se advierte que, si bien COLPENSIONES revocó el acto administrativo que reconoció la pensión de vejez *post mortem*, no fue objeto de controversia en el juicio que Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d) dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. El debate radica en que la demandante no cumple el requisito mínimo de convivencia para ser beneficiaria de dicha prestación.

Teniendo en cuenta las premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia por cuanto no se logró acreditar en el proceso el requisito de convivencia durante los últimos 5 años anteriores a la muerte de Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d), lo que permite desvirtuar lo planteado por la demandante en el recurso de apelación.

Al respecto, del interrogatorio la demandante afirmó que convivía en la casa de Héctor Mario y en la casa de ella desde el año 1984, que no vivieron bajo el mismo techo porque el causante vivía con los papás y la demandante vivía sola, que mantenía en comunicación con el causante, quien falleció el 14 de junio de 2014 en una casa hogar de monjas que es de la hermana de él y que no falleció al lado de ella porque allá no debía pagar nada y lo cuidaban bien, que cuando falleció la madre del causante ella se iba a quedar en la casa del causante, indicó que uno de los hermanos de Héctor Mario firmó la autorización para internarlo en la casa hogar de monjas, que asistió a la honras fúnebres y el entierro (*min. 06:45 archivo “26. AudioArt80cpl-2”*).

Del testimonio rendido por María Elvia Sánchez se puede colegir que conoció a Héctor Mario aproximadamente hacia 33 o 34 años, quien vivía solo en el barrio El Paseo, que conoció a los padres de Héctor Mario quienes vivían con él y después de que fallecieron se quedó solo, que el padre murió hace 18 o 20 años y la madre falleció en tiempo anterior, que laboró durante 25 años en la casa de Héctor Mario durante 2 veces por semana, que él y la demandante mantenían juntos, salían a pasear, que él se quedaba de vez en cuando en casa de la demandante y que Dora si permanecía en la casa de Héctor Mario, que el causante le pagaba mensualmente por las labores que hacía en la casa de él y que la demandante le pagaba por el trabajo que hacía en su casa (*min. 51:06 archivo “26. AudioArt80cpl-2”*).

Por su parte, la declarante María Constanza del Pilar García Pinzón manifestó que conoció a la demandante en la casa de Héctor

Mario en el barrio El Paseo, que no le consta si la demandante se quedaba o no en casa del causante, que cuando iba a visitar esa casa se encontraba a la demandante, que cuando el causante enfermó sus hermanos iban a visitarlo, que nunca visitó la casa de la demandante pero que le consta que ella permanecía durante el día en la casa del Héctor Mario (*min. 01:24:12 archivo 26. AudioArt80cpl-2*).

Al rendir testimonio Pedro Jesús Acero Suárez, hermano del causante, manifestó que conoció a la demandante porque su hermano se la presentó, que la demandante nunca vivió en la casa, que no compartieron techo, que Héctor Mario quedó viviendo solo desde 1995 porque se llevaron a la mamá a Fusagasugá, que él y sus hermanos lo llevaron a urgencias en el año 2013 y luego lo internaron en un hogar geriátrico llamado Hermanitas de los Pobres por su estado de salud desde el 12 de enero hasta el 14 de junio de 2014, que la demandante visitaba al causante con frecuencia en la hora del almuerzo y que el aseo de la casa lo hacía una persona que el mismo causante contrataba en ocasiones (*min. 01:52:18 archivo "26. AudioArt80cpl-2"*).

Igualmente, Silvino Hernando Acero Suárez, hermano del causante, manifestó que conoció a la demandante desde el año 1970 y la conoció porque era amiga y compañera de trabajo de su hermano, que después de que fallecieron sus padres el causante vivió solo, que la demandante nunca vivió con Héctor Mario, que visitaba a su hermano en la madrugada o al anochecer, que vio a la demandante en reuniones familiares, que visitó a su hermano al hogar geriátrico y vio en algunas ocasiones a la demandante allí. (*min. 03:53 archivo 27. AudioArt.80cpl*).

Del testimonio rendido por Maritza del Socorro Quintero Jiménez, quien manifestó ser representante de la empresa COSINTE, y con su dicho ratifica el informe presentado a COLPENSIONES, donde se determinó que el causante vivía solo. (*35:08 archivo 27. AudioArt.80cpl*).

El declarante José Said Espinoza, quien dijo ser el vigilante del conjunto donde vivía la demandante, manifestó que conoce a Dora porque lleva trabajando 17 años en el edificio, que la demandante vivía sola, que conoció a Héctor Mario quien frecuentaba a la demandante, que DORA GOMEZ vivía en un quinto piso, que el edificio tiene ascensor, que a Héctor Mario no le tocaba subir escaleras, que conoció a la demandante y al causante como pareja, que Héctor Mario tenía libre acceso al apartamento de la demandante, y no le consta que el causante se haya quedado en ese apartamento (*min. 54:12 archivo 27. AudioArt.80cpl*).

Zoila Navarro Moreno, en su testimonio, manifestó que conoció a la demandante en el año 1980 y que luego se fue a vivir a un apartamento en el mismo edificio que la demandante, que en el 2005 la demandante iba al apartamento de ella junto con él y almorzaban allá ya que ella les vendía el almuerzo, que Héctor Mario no vivía en el apartamento de la demandante, que la última vez que vio al causante fue el 13 de mayo de 2013 cuando el causante estaba de cumpleaños, que Héctor Mario iba a buscar a la demandante y la esperaba en portería y que había sido internado en un hogar de monjas por los hermanos (*06:33 archivo 32. AudioArt.80*).

Elizabeth Báez Garzón, en su testimonio, indicó que conoció a Héctor Mario porque era su cliente en su negocio de peluquería, que a él le ayudaban sus sobrinos quienes le pagaban medicina prepagada, que la última vez que lo vio fue en el 2014 cuando lo trasladaron los hermanos a un hogar geriátrico de monjas y lo dejaron allá porque él estaba solo, que visitó al causante en el hogar geriátrico, iba a cortarle el cabello y a arreglarle las uñas, que allí lo visitaban los hermanos y los sobrinos, que no conoce a la demandante, que Héctor Mario en una época compraba la alimentación en una familia de apellido Alarcón, y lo visitó unos días antes de fallecer y no vio a la demandante (*min. 01:01:19 archivo 32. AudioArt.80*).

Por último, Bernardo Alarcón Ayure, en su declaración, manifestó que conoció a Héctor Mario en el año 1970 aproximadamente cuando llegó al barrio El Paseo, que acompañaba al causante al médico en la clínica COLSANITAS, que a la casa del difunto iba una señora de vez en cuando sin recordar el nombre, que la señora iba a visitarlo y permanecía la media mañana o a veces la tarde y después se iba y Héctor Mario quedaba nuevamente solo, que no sabe qué tipo de relación tenía él con la demandante, que el aseo de la casa lo hacía una señora que laboraba para los hermanos, que la alimentación del causante se la preparaba su esposa (*del testigo*), pero no todos los días porque a veces almorzaba afuera (*min. 01:53:29 archivo 32. AudioArt.80*).

De las pruebas documentales aportadas al proceso y las recaudadas en el juicio se logra establecer que si bien entre DORA GOMEZ DE ARIZA y Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d) existió una relación sentimental, ellos nunca vivieron bajo el mismo techo, pues Héctor Mario vivía solo en su casa en el barrio El Paseo, y a pesar de que los hermanos del causante reconocen y aceptan la existencia de la relación sentimental que tenía DORA GOMEZ con Héctor Mario, los mismos aseguran que nunca vivieron bajo el mismo techo. Además, al evaluar las testimoniales rendidas por María Elvia y María Constanza, quienes son testigos solicitados por la parte demandante, también se deduce igual conclusión.

Por tanto, no se equivocó el *a quo* al valorar los testimonios y el interrogatorio de parte rendido por la demandante por cuanto los mismos fueron espontáneos y coincidentes en que la demandante y el causante no convivieron bajo techo, lecho y mesa y menos durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, presupuesto ineludible para la prosperidad de la pretensión.

Respecto de lo manifestado por el apoderado apelante sobre la convivencia y que ésta no debe surtirse bajo el mismo techo, la Honorable CSJ en su Sala de Casación Laboral ha establecido que en

situaciones excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, se debe entender la existencia de la misma siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

En el caso bajo estudio no se dan los presupuestos para aplicar la excepción a la convivencia por cuanto a pesar de no existir una justa causa para no desarrollar de forma permanente y continua una vida en común y afectiva, entre DORA GOMEZ DE ARIZA y Héctor Mario Acero Suárez (q.e.p.d) no hubo propósito alguno de realizar un proyecto de vida en pareja. Y si bien se acreditó una relación sentimental prolongada, no se presentaron condiciones necesarias de una comunidad de vida, lo que desvirtúa el planteamiento realizado en el recurso.

Por último, tampoco le asiste razón al apoderado de la demandante en lo que respecta a la violación procesal alegada, por cuanto del proceso de unión marital de hecho que se presentó en el Juzgado Octavo (8) de Familia del Circuito de Bogotá, (*archivo 30.ExpedienteJuzgado8deFamilia*), el *a quo* de oficio decretó pruebas testimoniales que en el trámite fueron escuchadas y controvertidas por las partes interesadas, lo que indica que se garantizó el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, sin que se evidencie vulneración de las garantías de los intervinientes.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión 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 de Colombia y por
autoridad de la ley,

RESUELVE

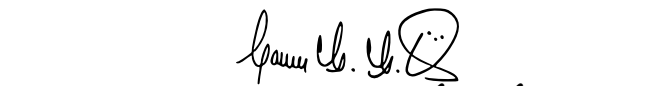
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de
conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUÑILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrados Ponentes

Radicado No.08-2019-00727-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia del 1° de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de enero de 2019, en cuantía no inferior al salario mínimo, mesadas indexadas al momento del pago, negó intereses moratorios y condenó en costas a COLPENSIONES en cuantía de un SMLMV. (16:48 Cd folio 57 expediente físico).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 3 a 9 expediente físico).

MARÍA DEL CARMEN TORRES DE VARGAS, solicitó declarar que tiene derecho a la sustitución pensional por la muerte de su cónyuge CARLOS ALFONSO VARGAS (Q.E.P.D), en consecuencia, se condene a su reconocimiento pensional desde el 29 de enero de 2019,

sobre 14 mesadas pensionales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que contrajo matrimonio con CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d) el 27 de diciembre de 1975, con quien convivió hasta el día 29 de enero de 2019 fecha en que falleció, vínculo que se mantuvo vigente durante todo este tiempo; que CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d), fue pensionado por el ISS mediante Resolución No.028454 de 2004, mesada pensional que para el año 2019 ascendía a la suma de \$2.211.765; para el año 2004 el causante por razones de salud se trasladó al municipio de Anolaima Cundinamarca; que dependía económicamente del causante, por lo que solicitó la pensión de sobrevivientes a COLPENSIONES y fue negada mediante Resolución SUB 98481 del 26 de abril de 2019 argumentando que la demandante no convivió los últimos 5 años con el causante e interpuestos los recursos, la demandada a través de la Resolución SUB 141096 del 04 de junio de 2019 confirmó en su integridad la resolución inicial.

CONTESTACIÓN DEMANDA *(folios 37 a 42 expediente físico).*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones indicando que entre la demandante y el causante existió una separación de cuerpos de hecho en el año 2004 y que la misma perduró hasta el fallecimiento del pensionado, por lo que no se demostró la convivencia ininterrumpida dentro de los 5 años anteriores al deceso. Aceptó los hechos relativos a la celebración del matrimonio, el reconocimiento de la pensión de vejez al causante en el año 2004, la fecha de fallecimiento del causante, la solicitud presentada por la demandante, la negativa al reconocimiento pensional, la presentación de los recursos y la confirmación del acto administrativo que negó la prestación, de los demás dijo no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo

no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(16:48 Cd folio 57 expediente físico)

El 1° de septiembre de 2021, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARÍA DEL CARMEN TORRES DE VARGAS es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge CARLOS ALFONSO VARGAS de conformidad con la parte motiva. **SEGUNDO: CONDENAR** a la accionada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL CARMEN TORRES DE VARGAS la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de enero de 2019 ordenando a la demandada al pago de un porcentaje del 100% en cuantía no inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, valores que deberán ser indexados desde la causación y hasta el momento en que se haga efectivo su pago, frente a los cuales se autoriza a COLPENSIONES a realizar todos los descuentos respectivos al sistema de seguridad social en salud. **TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación demandada y del derecho por falta de causa y título para pedir y declarar probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento y estudio de los demás medios exceptivos propuestos conforme lo expuesto. **CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES, líquídese por secretaría fijando como agencias en derecho la suma equivalente a un SMLMV.”

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si la demandante acreditó la condición de beneficiaria de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d).

Para resolver consideró que de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para el caso de personas con vínculo conyugal vigente los cinco años de convivencia pueden ser acreditados en cualquier tiempo, por lo que conforme con la declaración de parte de la demandante y las testimoniales se colige que acreditó el requisito de convivencia ya que hizo vida en común por un tiempo superior de cinco años,

reconoció el derecho a la sustitución pensional, negó intereses moratorios y ordenó la indexación de las mesadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte DEMANDANTE presentó recurso de apelación de manera parcial. Solicita se modifique la sentencia en cuanto la juez a quo no determinó que la sustitución pensional correspondía a 14 mesadas anuales atendiendo a que el causante se pensionó en el año 2004 antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del año 2005. Además, solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia de primer grado y en su lugar se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios, puesto que existía el derecho a la sustitución pensional y los elementos necesarios para otorgar la pensión de sobrevivientes y a pesar de ello la entidad demandada la negó, que de acuerdo a la jurisprudencia de la sala laboral de la CSJ los mismos son de carácter resarcitorio y no sancionatorio y solo pueden negarse en casos especiales, que dentro del proceso se logró probar incluso la convivencia hasta la fecha del deceso del causante y demostró haber convivido 5 años en cualquier tiempo. *(18:06 Cd folio 57 exp. físico)*.

La demandada COLPENSIONES solicitó revocar el fallo de primera instancia en su totalidad. Para sustentar indicó que existe una contradicción en el registro de matrimonio ya que si bien la fecha en que se celebró fue el 27 de diciembre de 1975, lo cierto es que el mismo fue inscrito con ocasión a la Escritura Pública No. 299 de 2019, que por ende el documento que debe sustentar la inscripción del mismo es la partida eclesiástica y no una escritura pública, que en la nota marginal del registro civil de matrimonio aparece que el mismo reemplaza al serial No.0000283484 con fecha de inscripción 13 de agosto de 1985 y podría presentarse una inconsistencia de si la demandante logró acreditar la condición de cónyuge supérstite en el presente proceso.

Como segundo punto, indicó que la Juez dio por probada la existencia de una separación de cuerpos en el año 2018 con ocasión al estado de salud de la demandante teniendo solo en cuenta lo dicho por los testigos y la confesión de la demandante, que respecto al presunto estado de salud de la demandante no basta solo la declaración de los testigos y que nunca se expidió si quiera historia clínica; refiere que Simeón Ducuara dijo que la demandante no tenía problemas de salud ya que solo tenía gripa, por lo que su declaración se contradice con lo expuesto por Mercedes Mora, Carmen Moreno y la demandante, por lo cual la separación de cuerpos de la demandante y el causante por el presunto estado de salud no se encuentra acreditada, que tampoco estaba acreditado el estado de salud del causante, por cuanto como lo indicó la demandante en su interrogatorio el mismo estaba bien y que de un momento a otro empezó con problemas del corazón y que tuvo que internarse en el Hospital de Facatativá; que en vía administrativa el causante en el año 2004 al solicitar su pensión por vejez indicó como dirección de domicilio la finca que tiene en Anolaima Cundinamarca, que nunca solicitó que sus notificaciones se entregaran en Bogotá, por lo cual no se entiende lo dicho por los testigos y la demandante de que el señor ocasionalmente iba a la finca en compañía de la demandante cada 15 o 20 días; cuestiona que la demandante en su interrogatorio incurrió en inconsistencias y contradicciones, pues no sabía el nombre del ancianato en el cual estaba internado el causante; y que en la solicitud radicada en Colpensiones en el año 2019 se informó que el único que estaba pendiente del estado de salud del causante era su hijo y que fue una decisión voluntaria internarse en un ancianato y no comunicárselo a nadie. Por lo anterior, considera que la separación de cuerpos no pudo haber acaecido en el año 2018 por el estado de salud del causante ni de la demandante y que la separación fue en el año 2004 por decisión voluntaria del causante. (23:20 Cd folio 57 exp. físico).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES le sustituyo poder a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J, a quien se le reconoce como apoderada de dicha parte, y en su escrito de alegaciones solicita se revoque el fallo de primera instancia, manifiesta que de acuerdo al artículo 13 de la ley 797 de 2003 la demandante debía acreditar un tiempo mínimo de 5 años de convivencia con anterioridad a la fecha de fallecimiento del pensionado, aspecto que no se encuentra acreditado por cuanto existió una separación de cuerpos en el año 2004.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante acredita la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite y si

como consecuencia de ello se debe condenar a la demandada a pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de enero de 2019, sobre 14 mesadas anuales e intereses moratorios conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el causante CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d) fue pensionado mediante Resolución No.028454 de 2004 (*pág. 37 “archivo GEN-REQ-IN-2019_3312938 cd folio 47 exp. físico”*); **ii)** Que el pensionado CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d) falleció el 29 de enero de 2019 (*fl. 13 exp. físico*) **iii)** que MARIA DEL CARMEN TORRES DE VARGAS solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y que la misma fue negada mediante Resolución SUB 98481 del 26 de abril de 2019, decisión confirmada mediante Resolución SUB 141096 del 04 de junio de 2019 (*fl 14 al 29 “archivo 003Demanda”*)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge supérstite en vigencia de la Ley 797 de 2003.

La H. CSJ, de forma pacífica y reiterada, ha sostenido que la normatividad vigente a la fecha de muerte del causante regula la pensión de sobrevivientes, tal y como ha ratificado en las sentencias SL1357 de 2022, SL1427 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras.

Así las cosas, las pensiones de sobrevivientes que se rigen por la Ley 797 de 2003, la cual modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros

del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Dicha norma consagra al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de 5 años, sosteniendo la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ la define como la comunidad de vida conformada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable; dicha convivencia debe acreditarse, de forma ininterrumpida, por el periodo exigido en la normatividad vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otras, advirtiendo la Alta Corte que si hay convivencia a pesar de no compartirse el mismo techo por situaciones particulares y excepcionales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, siempre y cuando a pesar de la falta de cohabitación no desaparece la comunidad de vida de pareja ni se desea acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como señaló en la sentencia SL1399 de 2018, SL5141 de 2019, SL1706 de 2021, SL803 de 2022, entre otros.

Es así como en las sentencias SL5141 de 2019, SL414 de 2021, SL1706 de 2021, entre otras, la Corte indicó que no es relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia otorga a la unión de una pareja para resolver la viabilidad de la pensión de sobrevivientes, porque tal pensión se genera ante la perdurabilidad de la comunidad de vida forjada en un amor responsable que refleja un

proyecto de vida de pareja estable; producto de una convivencia efectiva, real y material implica acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, que va más allá de compartir los recursos, porque se debe acreditar el ánimo serio y permanente de conformar una familia, un reconocimiento público más allá de encuentros ocasionales o esporádicos y la aparición y conservación de lazos afectivos, económicos, espirituales y de solidaridad a lo largo del tiempo.

La misma Corporación ha reiterado que la demostración de los lazos familiares y afectivos, en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante, no es una exigencia prevista en el inciso 3.º del literal b). el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ende, la convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado en un periodo de 5 años, puede ser acreditado «*en cualquier tiempo*» (CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020, CSJ 2746-2020 y SL359-2021).

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-515 de 2019 analizó la constitucionalidad del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y concluyó que para que el cónyuge supérstite separado de hecho se beneficie de la pensión de sobrevivientes, debe acreditar que su sociedad conyugal está vigente. En consecuencia, una vez se disuelve y se liquida la sociedad conyugal, los haberes del pensionado dejan de formar parte de la masa patrimonial y por ello se extingue el derecho a sustituir la prestación.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, no hay duda que el causante CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d) fue pensionado mediante Resolución No. 028454 de 2004 (pág. 37 “*archivo GEN-REQ-IN-2019_3312938 cd folio 47 exp. físico*”), que el causante CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d) y la demandante MARÍA DEL CARMEN

TORRES DE VARGAS celebraron matrimonio religioso el 27 de diciembre de 1975 (*fl. 12 exp. físico*) y que el pensionado falleció el 29 de enero de 2019 (*fl. 13 exp. físico*).

La normatividad vigente a la fecha de fallecimiento del causante es la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que consagra como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes al grupo familiar del pensionado fallecido por riesgo común, norma que establece al cónyuge supérstite como beneficiario de dicha prestación si acredita el periodo mínimo de convivencia de 5 años, pudiendo demostrar tal periodo en cualquier tiempo siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras.

Así las cosas, COLPENSIONES alegó en su recurso de apelación que el registro civil de matrimonio presenta inconsistencias por cuanto si bien la fecha en que se celebró la unión fue el 27 de diciembre de 1975, lo cierto es que el mismo fue inscrito con ocasión a la Escritura Pública No.299 de 2019, que por ende el documento que debe sustentar la inscripción del mismo es la partida eclesiástica y no una escritura pública, así mismo que el registro de matrimonio aportado al proceso remplace al serial No. 0000283484 con fecha de inscripción 13 de agosto de 1985 y podría presentarse una inconsistencia de si la demandante logra acreditar la condición de cónyuge supérstite dentro del proceso; que la separación de cuerpos no pudo haber acaecido en el año 2018 por el estado de salud del causante ni de la demandante y que la separación fue en el año 2004 por decisión voluntaria del causante cuando se trasladó al municipio de Anolaima, además, cuestiona la apreciación de las pruebas de interrogatorio y testimonial, realizada en la sentencia.

De acuerdo con lo anterior, se debe precisar que el registro civil de matrimonio, obrante a folio 12 del expediente físico, no fue desconocido

ni tachado de falso por la parte demandada, tanto así que en la contestación se aceptó el hecho relativo a la celebración del matrimonio de la demandante y el causante, por lo que el mismo goza de plena validez.

En lo que respecta a la nota marginal del registro civil de matrimonio, puede extraerse que el remplazo al serial No. 0000283484 inscrito el 13 de agosto de 1985 obedece a una adición a la identificación del contrayente, efectuada mediante Escritura Pública No. 299 de 2019 de la Notaria 27 del Circuito de Bogotá. Además, no contiene anotación alguna sobre disolución de la sociedad conyugal, razón por la cual el documento es válido para acreditar la calidad de la demandante como cónyuge superviviente del causante CARLOS ALFONSO VARGAS (q.e.p.d).

Al realizar una valoración integral de todos los medios de prueba, en virtud de los principios de necesidad y comunidad de la prueba, consagrados en los artículos 164 y 176 CGP, junto con el principio de libre formación del consentimiento del Juez Laboral y análisis conjunto de las pruebas de los artículos 60 y 61 CPTSS, permite desvirtuar lo planteado en el recurso de apelación de COLPENSIONES respecto a que la demandante no acreditó el tiempo de convivencia necesario para ser beneficiaria de la sustitución pensional.

Del interrogatorio de parte de la demandante se puede extraer que cuando el causante fue pensionado la pareja adquirió una finca en Anolaima; que del año 2004 al 2019 se dedicó al hogar en Bogotá y Anolaima, que cuando venían a Bogotá permanecían ocho días y volvían a Anolaima, que su núcleo familiar estaba compuesto por el causante y sus hijos, que ella se enfermó y no pudo ir a atenderlo, por lo que el causante se internó a un hogar geriátrico (*04:44 audio 2 folio 52 expediente físico*).

Del testimonio de la señora Mercedes Mora García se puede extraer que conoce a la demandante por más de 20 años en el Barrio Nueva Gloria en Bogotá D.C, que conoce los hijos de la demandante

que son José Alfonso, Pedro y Juan, quien falleció en un accidente, que la demandante estaba casada con el causante, que los conoció siempre viviendo juntos, que el causante era quien sostenía económicamente a la demandante, que la pareja iba y volvía a Anolaima cada ocho o quince días y que le consta porque los contrayentes manifestaban que se iban para la finca, *(03:59 cd folio 54 expediente físico)*

El testigo Simeón Ducuara Bello manifestó que conoce a la demandante por mas de 30 años, que es vecino de la demandante en casa contigua en el Barrio Nueva Gloria en Bogotá , que conoce a los 3 hijos de la demandante y el causante y que uno de ellos falleció, que en la casa vivían la demandante, el causante y los hijos, que el causante compró una finca en el año 2004 en Anolaima cuando salió pensionado, que el causante iba y regresaba a Bogotá cada ocho días o cada 3 días o un fin de semana y que en dichos viajes lo acompañaba la demandante, que Carlos Alfonso se internó en un ancianato y podía salir cuando quería, que para la fecha del fallecimiento la demandante se encontraba enferma y delicada de salud y que el causante era quien sostenía económicamente el hogar *(27:30 cd folio 54 expediente físico)*.

Y Carmen Julia Moreno Bello refirió en su declaración que conoce a la demandante desde que tenía 13 años de edad, que son vecinas y su casa queda al lado de la casa de la demandante, que la demandante tuvo 3 hijos y uno es fallecido y que son hijos de ambos esposos, que prestó los servicios de niñera hasta que los niños tenían 5 años de edad y que después seguía lavándole la ropa a la demandante, ayudando en los cultivos que tenían en el patio la demandante y el causante, que en el año 2004 el causante se pensionó y compró una finca en Anolaima y que iban y venían porque cultivaban café, maíz, indica que fue a la finca en dos ocasiones, que la pareja iba y se quedaban una semana, quince días o un mes, indica que en ocasiones iba solo el causante por que la demandante se enfermaba, que los gastos del hogar los sufragaba el causante, que el causante se internó en Anolaima y no en Bogotá porque la demandante estaba

enferma y no podía levantarse de la cama, adicional a que el causante era oriundo de Anolaima y la directora del ancianato era muy amiga del causante, indica que los gastos del ancianato los asumió el mismo y que el núcleo familiar estaba compuesto por Pedro, José Alfonso y la demandante (52:55 cd folio 54 expediente físico).

Es así que no se equivocó la *a quó* al valorar los testimonios y el interrogatorio de parte rendido por la demandante por cuanto los mismos fueron espontáneos y coincidentes en que el causante compró una finca en Anolaima en el año 2004, que respondía por los gastos del hogar, que se desplazaba a Anolaima junto con la demandante, que compartieron vivienda en Bogotá y Anolaima y que viajaban juntos. Así mismo, fueron coincidentes en describir el núcleo familiar y que del mismo había un hijo fallecido. Y si bien dentro del proceso no obra prueba documental del estado de salud de los cónyuges, de los testimonios se extrae que en los últimos meses de vida del causante no tuvo convivencia con la demandante por razones de salud y que esta fue la razón principal para que el mismo se internara voluntariamente en un hogar geriátrico.

Ahora bien, al revisar la contestación de la demanda presentada por COLPENSIONES (fl. 37 a 42 exp. físico), frente al hecho primero se indicó lo siguiente:

*Primero. Parcialmente cierto. Conforme consta en la copia del Registro Civil de Matrimonio tiene que la demandante contrajo vínculo conyugal con el causante CARLOS ALFONSO VARGAS el día 27 de diciembre de 1975, no obstante frente a lo manifestado en cuanto a que la convivencia fue interrumpida hasta el día 29 de Enero de 2019, debe decirse que NO ES CIERTO, toda vez que en el hecho cuarto de la demanda **y conforme a lo corroborado por Colpensiones en el trámite administrativo, se tiene que desde el año 2004 existió una separación de cuerpos de hecho de la pareja**, situación que perduro hasta el deceso del causante. (resaltado y negrilla fuera del texto original)*

De la anterior transcripción se puede colegir que la demandada COLPENSIONES aceptó la convivencia de la demandante con el causante desde 1975 hasta el año 2004, es decir por un total de 29 años y su inconformidad radica en que hubo una separación de cuerpos en el año 2004, por lo tanto, conforme con el precedente jurisprudencial, MARIA DEL CARMEN TORRES DE VARGAS supera el termino de 5 años de convivencia en cualquier tiempo, al tener vínculo marital y sociedad conyugal vigente.

Por las anteriores consideraciones, concluye esta Sala que la DEMANDANTE si acreditó convivencia con el causante, por el periodo mínimo legal exigido, por lo cual se confirmará la decisión de condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, en porcentaje del 100% a partir del 29 de enero de 2019, sin declarar la prescripción de las mesadas, por cuanto la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes a la defunción de la causante, si bien en primera instancia no se especificó el valor de la mesada pensional, debe decirse que la misma para el año 2019 asciende a \$2.211.765 (pág. 1 al 7 “archivo GRF-AAT-RP-2019_6425765_20190604091246” expediente administrativo Colpensiones Fl 47 exp. Físico), por ende, se modificará la sentencia en este aspecto.

Conviene señalar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de Decisión. No obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial para modificar el fallo ordenando que el pago de la pensión de sobrevivientes se hiciera sobre 13 mesadas anuales, en virtud al grado jurisdiccional de consulta y considerando que dicho derecho se causó con posterioridad a la expedición del Acto legislativo 1° de 2005, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL4213 de 2020, SL4663 de 2020, SL5167 de 2020, SL2835 de 2021, SL2986 de 2021, SL3868 de 2021, SL5679 de 2021, SL649 de 2022, entre otras.

- Sobre el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes.

Atendiendo que la ponencia del sustanciador inicial fue desestimada en cuanto al número de mesadas, pasa la Sala a señalar que en el presente asunto en virtud de la Resolución No. 028454 de 2004 (*pág. 37 “archivo GEN-REQ-IN-2019_3312938 cd folio 47 exp. físico”*) el causante accedió a la pensión de vejez en 14 mesadas anuales. Al respecto, la H. CSJ ha indicado que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez cuando el causante es pensionado, por tanto, la transmisión se realiza en un 100% incluido el número de mesadas anuales que devengaba el pensionado, tal y como se señaló en las sentencias SL2141 de 2021, radicación 74090, SL5141 de 2019, Radicación 68121, entre otras.

De tal manera que al encontrarse acreditado que el causante adquirió el derecho a la pensión a partir del 12 de abril de 2004, esto es, con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la pensión de sobrevivientes que se transmite por el fallecimiento corresponde a catorce mesadas, por ser del 100% de la mesada que venía percibiendo el pensionado y, en consecuencia, se modificara la sentencia para precisar este aspecto.

- Sobre los intereses moratorios

Al respecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados, y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes. Para pensiones de sobrevivientes el plazo es de dos meses, pues así lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 y así lo ha entendido la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1810-2022, SL1714-2022, SL1386-2022).

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, así mismo ha establecido unas excepciones, en casos como : *i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL 5079 de 2018 ratificado en sentencia CSJ SL 2383 de 2021)*

En este caso, es claro que COLPENSIONES a la fecha de presentación de la solicitud pensional, 12 de marzo de 2019, tenía conocimiento de la jurisprudencia de antaño en la cual se ha establecido como requisito para acreditar la calidad de beneficiaria como cónyuge sobreviviente es de 5 años en cualquier tiempo, situación que logró establecer la demandada en el trámite administrativo y, a pesar de ello, decidió negar la prestación económica. Por ende, al no existir una causal de excepción a la imposición de los intereses moratorios los mismos son procedentes.

De acuerdo con la Resolución SUB 98481 del 26 de abril de 2019 (*fl. 16 a 19 exp. físico*), la demandante solicitó la pensión de sobrevivientes el 12 de marzo de 2019, mediante radicado 2019_3312938, y la misma fue negada. Por ello, la Sala revocará la decisión de primera instancia en este aspecto pues, según lo dicho,

procede el reconocimiento de este estipendio a partir del 13 de mayo de 2019, sobre cada una de las mesadas adeudadas, interés que corre hasta la fecha en que la entidad realice su pago efectivo.

Se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de la DEMANDANTE, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar a **MARÍA DEL CARMEN TORRES DE VARGAS** la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de enero de 2019 en un porcentaje del 100%, mesada que para el año 2019 asciende a la suma de \$2.211.765, sobre 14 mesadas anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en cuanto declaró probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios para, en su lugar, CONDENAR a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 13 de mayo de 2019, sobre cada una de las mesadas adeudadas y hasta cuando se haga efectivo el pago.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal quinto a la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de la **DEMANDANTE**.

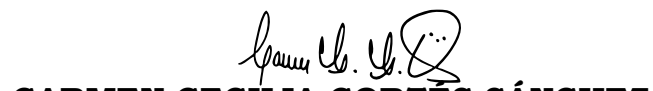
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.09 2019 00861 01

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 16 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a la demandada de todas las pretensiones y se condenó en costas al demandante (*min. 08:18 archivo “B2 folio 120 audiencia 16 junio 2021 parte 2”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 22 a 33)

LUIS FELIPE PINEDA CALVETE presentó demanda ordinaria laboral contra el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, con el fin de que se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 02 de marzo de 2019, debidamente indexada y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 02 de marzo de 1959; que laboró al servicio de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA como trabajador oficial del 01 de julio de 1981 al 30 de marzo de 1992, devengando como último salario promedio la suma de \$308.674.12; que el motivo del retiro fue la supresión del cargo con derecho a indemnización y que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión sanción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral, los extremos temporales, el salario, la edad del demandante y la reclamación presentada; frente a los demás manifestó que no son ciertos. No propuso excepciones (fls. 40 a 46).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(08:18, archivo “B2 folio 120 audiencia 16 junio 2021 parte 2”)

El Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de junio de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante LUIS FELIPE PINEDA CALVETE, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:** Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva del fallo. **TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, a fin

de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.”

La Juez definió el problema jurídico en establecer si procede el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 02 de marzo de 2019, en caso afirmativo, cuál es salario base para liquidarla, si hay lugar a retroactivo e indexación de las mesadas dejadas de cancelar. Para resolverlo indicó que de conformidad con el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y la jurisprudencia de la SL de la CSJ, en principio el demandante cumpliría los requisitos establecidos para el reconocimiento de la prestación pero que al disfrutar de una pensión de invalidez de origen común esta resulta incompatible con la pensión reclamada, dado que amparan el mismo riesgo. Que, en todo caso, la parte puede optar por esta pensión si le resulta más benéfica, caso en el cual habría lugar al reajuste de la mesada pensional y luego de realizar los cálculos respectivos la pensión reclamada sería de \$1.659.201 para el año 2019 mientras que la pensión de invalidez para ese mismo año corresponde a la suma de \$1.832.090, por lo que resulta superior a la que podría ser reconocida por concepto de pensión de sanción.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicita que se revoque la sentencia. Para sustentar el recurso aduce que existe plena certeza sobre la causación de la pensión sanción y su exigibilidad al tenor de las normas legales que regulan su reconocimiento, lo que constituye un derecho adquirido; que la compatibilidad de la pensión sanción y la pensión de invalidez es evidente ya que se dan las razones y presupuestos para que ambas pensiones sean compatibles. Agrega que el ordenamiento jurídico establece la concurrencia simultanea de dos pensiones debido a que se atiende a la diferencia de función y fidelidad de las dos prestaciones pues la pensión de jubilación es de contenido sancionatorio, pues aún persiste este componente de reproche al empleador de despedir sin justa causa al trabajador, y por el contrario,

la pensión de invalidez tiene como finalidad proteger a una persona que ha sufrido una disminución considerable de su capacidad que le impide desempeñar su trabajo, sin tener en cuenta la causa de retiro y el tiempo de servicio en la empresa, por lo que considera que es posible que pueda recibir simultáneamente la pensión de invalidez y sanción ya que en ningún momento se pone en riesgo la equidad y la eficiencia del sistema, al ser pensiones independientes.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante solicitó revocar la sentencia reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por resolver consiste en definir si el demandante cumple los requisitos para ser beneficiario de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961 y en caso afirmativo determinar si ésta es compatible con la pensión de invalidez que disfruta el demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentra en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 02 de marzo de 1959 (fl.7); **ii)** que laboró al servicio del extinto FERROCARRILES NACIONALES DE

COLOMBIA mediante contrato de trabajo desde el 18 de mayo de 1981 hasta el 30 de marzo de 1982 (fl. 34); *iii*) y que el vínculo finalizó por supresión del cargo que ocupaba el actor (fl. 4).

- **Sobre la pensión restringida de jubilación pensión sanción**

El artículo 8 de la Ley 171 de 1961, determinó que el trabajador que sea despedido de una empresa, luego de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Respecto a la vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando acrediten el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, por despido o renuncia voluntaria, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, criterio reiterado en las sentencias SL SL4578-2014, SL15025-2017, SL526-2018, SL3508-2019 y SL3890-2020, entre otras.

- **Sobre la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público**

El artículo 128 Constitucional establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política recae sobre prestaciones provenientes del tesoro público, esto es, la Nación, las entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de una entidad descentralizada, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal, es decir, que esta prohibición lo que pretende es la racionalización de los dineros públicos por lo que, por regla general, una misma persona no puede recibir más de una asignación que provenga del erario, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley (SL4014-2018, SL3226-2020 y SL2599-2021, entre otras).

CASO CONCRETO

En la sentencia recurrida se estableció que, si bien el demandante cumple los requisitos de causación y disfrute del derecho a la pensión sanción del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, prestación que iniciaría el 02 de marzo de 2019, la misma resulta incompatible con la pensión de invalidez que recibe LUIS FELIPE PINEDA CALVETE y que, en todo caso, de optar por la más favorable, la mesada pensional de la prestación que se reclama es inferior a la que recibe el demandante.

El apoderado del demandante impugnó la anterior decisión, por cuanto señaló que es posible que se reciba simultáneamente la pensión de invalidez y la pensión sanción ya que en ningún momento se pone en riesgo la equidad y la eficiencia del sistema, al ser pensiones independientes.

Para resolver el recurso, la Sala advierte de entrada que rechazará los planteamientos del recurrente y confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, por cuanto la pensión reclamada en este caso y la reconocida por invalidez por parte de la

demandada son incompatibles pues provienen del tesoro público y tienen en cuenta la prestación del servicio del demandante como trabajador oficial en la extinta empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

En efecto, al revisar el expediente, en especial las pruebas decretadas de oficio en providencia del 19 de agosto de 2022 y allegadas el 22 de agosto siguiente, se constata que mediante sentencia del 30 de agosto de 2002, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta condenó al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a pagar al demandante la pensión de invalidez a partir del 18 de agosto de 2000, en cuantía de \$260.100, por tener una pérdida de capacidad laboral del 54,38%, con ocasión de las afecciones que se presentaron durante la prestación del servicio entre mayo de 1981 a marzo de 1992, sin que para su consolidación se haya hecho referencia a la acreditación de semanas cotizadas en un fondo de pensiones. Si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 07 de septiembre de 2004, no casó la sentencia, advirtió que no le correspondía al Fondo de Pasivo Social su reconocimiento dado que la fecha de estructuración de la invalidez ocurrió con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo (*pág. 44 a 53 y 55 a 70 carpeta “C02ApelacionSentencia” archivo “06RespuestaFpsfnc”*).

La demandada mediante Resolución 593 del 17 de marzo de 2005, dio cumplimiento al citado fallo (*pág. 3 a 5 carpeta “C02ApelacionSentencia” archivo “06RespuestaFpsfnc”*). Posteriormente, a través de la Resolución 1813 del 19 de noviembre de 2020 ordenó la reliquidación de la pensión, reajustando el valor de la mesada (fls 110 a 113).

Ahora, la pensión restringida de jubilación contenida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 se causa desde el mismo momento en que el trabajador es desvinculado con más de 10 o 15 años de servicio por producirse un despido injusto, presupuestos que se

cumplen en el presente caso dado que LUIS FELIPE PINEDA CALVETE acreditó la prestación personal del servicio por un periodo de 10 años, 07 meses y 11 días (fls. 10 y 19) y su contrato de trabajo finalizó por supresión del cargo (fl.4), que si bien resulta ser una terminación legal corresponde a una actuación unilateral y sin justa causa. Sin embargo, de reconocerse dicha pensión la misma estaría a cargo de la entidad pública que paga actualmente la pensión de invalidez, sería financiada con recursos del tesoro nacional y garantizada por la Nación.

Por lo tanto, al ser en este caso la pensión restringida de jubilación y la pensión de invalidez dos prestaciones de carácter legal, a cargo de la misma entidad, financiada con recursos del tesoro nacional y garantizada por la Nación, no es posible conceder su pago de forma simultánea dada la incompatibilidad de estas prestaciones económicas, en virtud de lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política. Además, el demandante no acreditó que dicha pensión haga parte de las excepciones establecidas en la ley.

Se advierte que el demandante podía seleccionar la prestación pensional que le fuere más favorable. No obstante, el análisis realizado por el juzgado de instancia frente a este tema no fue objeto de reproche por lo que la Sala no realiza pronunciamiento.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

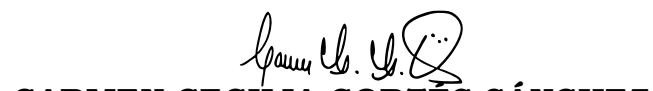
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.10-2019-00063-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 22 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional del demandante y se ordenó a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor, sin descuesto alguno, debidamente indexados, y condenó en costas a las demandadas (*Min.02:25:48, archivo “33GrabacionAudienciaConcentrada”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JAIRO ÁVILA GUARNIZO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación por medio de la cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que se condene a

COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante y a las AFP a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación al RAIS, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 21 de abril de 1960, se afilió al ISS el 1° de octubre de 1985 donde continuo cotizando hasta junio de 1994, fecha en que se trasladó a Horizonte hoy PORVENIR y posteriormente en marzo de 2000 se trasladó a Colmena hoy PROTECCIÓN; que los asesores de las AFP le manifestaron que el ISS iba a ser liquidado y sus aportes se encontraría en riesgo, por lo que le ofrecieron unos beneficios para que se trasladara de régimen pensional, entre otros, le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y con un monto de pensión más alto al que le otorgaría el ISS; que no se le indicó el monto de capital requerido para obtener a una pensión, no le entregó proyección de pensión y no se le informó sobre el plazo para retornarse al RPM, por lo que considera que no se le suministró información suficiente clara y precisa que le permitieran tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional; que el 17 de octubre de 2018 presentó solicitud de nulidad de traslado de régimen ante PROTECCIÓN, la cual fue negada en comunicación del 21 de enero de 2019; y que el 18 de octubre de 2018 diligenció formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES, la cual fue rechazada (*pág. 31 a 55 y 240 a 267, archivo “05ExpedienteDigital2019-063”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, la afiliación al RPM y la radicación de la solicitud de nulidad de traslado, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones (*pág. 63 a 67, archivo “05ExpedienteDigital2019-063”*).

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, al traslado a ese fondo de pensiones, la suma del capital acumulado y la falta de comunicación sobre el plazo máximo de traslado. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (pág. 86 a 117, archivo “05ExpedienteDigital2019-063”).

Y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** también se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relacionado con la edad del demandante, frente a los demás señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 2 a 28, archivo “07 CONTESTACION DEMANDA”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 02:25:48, archivo “33GrabacionAudienciaConcentrada”)

El 22 de junio de 2022, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante señor JAIRO ÁVILA GUARNIZO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y los subsecuentes traslados horizontales realizados por el demandante dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad realizados en lo que es hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, en consecuencia, se declara ineficaz esa primera afiliación realizada con PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1994, y por ende, se declara ineficaz el traslado de régimen pensional del régimen de prima media a régimen de ahorro individual realizado por el demandante señor JAIRO ÁVILA GUARNIZO, de conformidad a lo señalado en la parte motiva y por ende se ordena su regreso automático a la afiliación primigenia en el régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES y sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: SE CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante el señor JAIRO ÁVILA GUARNIZO al régimen de prima media sin solución de

continuidad de conforme a la parte considerativa. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A a realizar la devolución de las sumas que se encuentren en la cuenta individual del señor JAIRO ÁVILA GUARNIZO correspondientes a cotizaciones, rendimientos y frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del Código Civil, deberá realizar esta devolución con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, incluyendo los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima descontados durante su vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A. y deberá hacerse la devolución debidamente indexada acompañando con destino a COLPENSIONES la documental correspondiente para que se establezca que se hace la devolución en los términos ordenados en esta sentencia, para ello se le otorga el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO: SE CONDENA A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a que debe hacer la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, debidamente indexados, y se le otorga también el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia para que se haga la devolución y se allegue a COLPENSIONES la documentación correspondiente que pueda establecer las sumas descontadas AL SEÑOR JAIRO ÁVILA GUARNIZO durante su vinculación a la AFP PORVENIR S.A., de conformidad a la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: SE CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen las sumas provenientes de la AFP PROTECCION S.A, y AFP PORVENIR S.A. que se revise que se haya hecho la devolución en los términos indicados en esta sentencia, y de manera inmediata deberá imputar en la historia laboral del señor JAIRO ÁVILA GUARNIZO las semanas cotizadas por el demandante durante su vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad en la historia laboral para efectos pensionales del demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: SE DECLARAN** no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. **SÉPTIMO: SE CONDENA** en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA – PROTECCION S.A, y a COLPENSIONES, deben ser tasadas por secretaría e incluir como agencias en derecho a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la suma de \$1.000.000 y a cargo de la AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES para cada una de ellas la suma de \$250.000. **OCTAVO:** De no ser apelada esta providencia por parte de COLPENSIONES, de conformidad al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, deberá surtirse el grado jurisdiccional de consulta.”

Para resolver, luego de citar la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, el Juzgado indicó que se constató con las documentales aportadas y las recaudadas en el juicio que el demandante se trasladó del RPM al RAIS e igualmente hizo traslados horizontales en este último régimen pero que no hay ninguna prueba de que la AFP en el año 1994 le haya dado al demandante información cierta, veraz, oportuna y le haya informado las consecuencias del traslado y las particularidades propias del régimen privado y del RPM, para que tomara una decisión debidamente informada, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante y por ende ordenó a Colpensiones a restablecer la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y a las AFP a devolver al RPM todos los dineros que recibieron con ocasión de la afiliación del demandante, sin descuesto alguno, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y condenó en costas a todas las demandadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia. Señaló que el demandante se afilió de manera válida, libre, voluntaria e informada y todo lo hizo con fundamento en las cargas impuestas a los fondos privados por la ley para el año 1994, época de su afiliación, por lo que los términos tan rigurosos que se reprochan a los fondos privados solo fueron impuestos posteriormente, por lo que todas las condenas desconocen el principio de irretroactividad de la ley; que no ha vulnerado el derecho a la libre escogencia, dado que el demandante decidió de forma libre y voluntaria acogerse a Porvenir; que para el año 1994 por expresa disposición legal era a través del formulario que las AFP cumplieran con el deber de información; que si bien el fondo tiene ciertas responsabilidades profesionales, no es excusa para que el demandante por su cuenta no haya indagado sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional más aun cuando no es un afiliado lego, es un abogado y contaba con todas las herramientas legales para poder precisar las consecuencias del acto jurídico que se encontraba adoptando; que frente a la devolución de gastos de administración fue la misma ley que autorizó sus descuentos por lo que no puede ordenarse el reintegro de dichas

sumas; respecto a los aportes destinados a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia, los mismos ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras y el demandante tuvo la cobertura durante toda su afiliación, por lo que estos pagos cumplieron con la finalidad establecida en la ley, por lo que no resulta viable la devolución de dichos montos (*min.02:32:50, archivo “33GrabacionAudienciaConcentrada”*).

Igualmente, la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Señaló que el traslado de régimen pensional tiene plena validez ya que, conforme el interrogatorio, el demandante tuvo pleno conocimiento del traslado, el cual se llevó de forma libre y voluntaria y el asesor de la AFP suministró toda la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría trasladarse del RPM al RAIS, no se observó ningún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo, conforme al artículo 1508 del Código Civil, por lo que en este caso no se configuran los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado pues el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación, sabía que se trataba del traslado de sus aportes, no fue obligado ni se ejerció fuerza o presión para que se trasladara y no hay prueba de que el asesor de manera dolosa lo indujera al traslado, por lo que a la parte actora se le respeta su derecho a la afiliación en el RAIS; que al demandante le correspondía desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones y que el demandante al tener 59 años se encuentra en la prohibición de traslado de régimen pensional; y finalmente que no se debe condenar en costas a Colpensiones dado que actuó de buena fe (*02:40:00 archivo “33GrabacionAudienciaConcentrada”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos elevados en el recurso de apelación.

Por su parte, la doctora Jennifer Lorena Molina Mesa, apoderada de la firma Godoy Córdoba Abogados S.A.S., sociedad que funge como apoderada principal de PORVENIR, sustituyó poder al doctor Nicolas Eduardo Ramos Ramos, identificado con CC 1.018.469.231 y TP 365.094 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó revocar la sentencia. Aduce que no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional puesto que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, con la AFP PORVENIR y que posteriormente se ratificó con el traslado horizontal a la AFP PROTECCION, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con estas administradoras y que la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional resultan improcedente puesto que tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente.

Durante el término del traslado la parte demandante y PROTECCIÓN no se pronunciaron.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **JAIRO ÁVILA GUARNIZO** nació el 21 de abril de 1960; *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 28 de julio de 1981 (*historia laboral, archivo “06EXP. ADMCD 61”*); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 30 de julio de 1994, efectivo desde el 1° de agosto de 1994 (*Pág. 30 y 36 archivo “07 CONTESTACION DEMANDA”*), posteriormente se trasladó en el RAIS a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 29 de mayo de 1997, efectivo desde el 1° de julio de 1997 (*Pág. 118 archivo “05ExpedienteDigital2019-063”*), también se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 08 de noviembre de 1999, efectivo desde el 1° de enero de 2000 (*Pág. 36 archivo “07 CONTESTACION DEMANDA”*), y finalmente se trasladó a AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 16 de agosto de 2001, efectivo desde el 1° de octubre de 2001, donde sigue vinculado (*Pág. 119 y 120, archivo “05ExpedienteDigital2019-063”*).

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado declaró ineficaz la afiliación y el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar al RPM todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, sus rendimientos, los gastos de administración, a activar la afiliación en el RPM y condenó en costas a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** y **PORVENIR** presentaron recurso de apelación.

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

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

“(…)

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

(…)”

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

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

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

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

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de

permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, la **AFP PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la **AFP PORVENIR** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, el **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle que su pensión iba ser más alta y de forma anticipada, hacer retiro de aportes sin ningún tipo de limitación y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho

fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

consecuencias de la ineficacia del traslado. Por lo que se confirmará la sentencia en este sentido.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

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

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

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

Finalmente, para resolver el argumento de apelación de la demandada COLPENSIONES, referido a que no es procedente la condena en costas impuesta en su contra, precisa la Sala que revocará en este aspecto la decisión de primera instancia. Al efecto, basta precisar que las órdenes dictadas a cargo de COLPENSIONES son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso, para que proceda la condena por este concepto, en los términos que define el artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por el demandante señor JAIRO ÁVILA GUARNIZO con PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1994, de conformidad con lo señalado en la parte motiva y por ende se ordena su regreso automático a la afiliación primigenia en el régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES y sin solución de continuidad conforme*

con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR 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: REVOCAR parcialmente el ordinal SEXTO de la sentencia de primera instancia, en cuanto impuso condena en costas a la demandada COLPENSIONES, para en su lugar ABSOLVER a dicha entidad de esta condena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

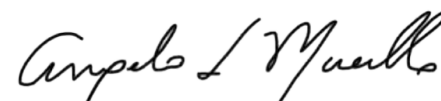
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

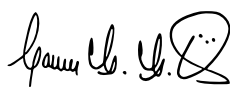
SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIRO AVILA GUARNIZO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00063 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.11-2015-00280-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** por la sentencia del 27 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ tiene derecho a la devolución de saldos incluyendo las cotizaciones efectuadas ante el ISS hoy COLPENSIONES, condenó a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir, reconocer y pagar el bono pensional, condenó a Porvenir S.A. a pagar la devolución de saldos a la demandante incluyendo el bono pensional, condenó en costas y agencias en derecho a Porvenir S.A y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la suma de \$ 750.000 cada una, absolvió a COLPENSIONES y negó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, presentó demanda ordinaria laboral contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare

que la demandada debe realizar la devolución de saldos por vejez incluyendo el bono pensional Tipo A correspondiente a los apartes realizados al ISS entre el 08 de febrero de 1990 al 30 de junio de 2000, intereses moratorios e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 22 de octubre de 1955, que solicitó la devolución de saldos a PORVENIR S.A. el 08 de enero de 2013 bajo radicado 0190100013980100, que PORVENIR S.A. mediante oficio No.0200001098, le negó la pensión y le otorgó la devolución de saldos sin incluir el bono pensional argumentando que no cumple los requisitos del literal a del artículo 115 de la ley 100 de 1993; que PORVENIR S.A. le otorgó la devolución de saldos mediante oficio No.0100222048062600 por la suma de \$2.490.151; que el 31 de octubre de 2013, presentó reclamación administrativa contra el referido oficio, petición que fue resuelta por PORVENIR S.A. mediante oficio No.0200001104596600 de fecha 08 de noviembre de 2013, informando que el Ministerio de Hacienda y crédito Público no permite la emisión de bonos pensionales a quienes ya gozan de una prestación (*pág. 1 a 20, archivo “003 Demanda”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. dio contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, de los hechos aceptó la presentación de la reclamación administrativa, la devolución de saldos otorgada a la demandante y la respuesta a la solicitud de inclusión del bono pensional, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó compensación, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP Porvenir S.A, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 1 a 14, archivo “015ContestacionDeDemanda”*).

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** fue vinculada al proceso en audiencia del 31 de enero de 2017 y en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, frente a los hechos manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que

denominó inexistencia de obligación a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento válido de la afiliación del demandante al RAIS, buena fe y la innominada o genérica (pág. 1 a 18, Archivo “022ContestacionDeDemanda”).

COLPENSIONES fue vinculada mediante auto de fecha 23 de noviembre de 2017 (archivo 027AutoVinculandoOtrosAccionados), en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, de los demás manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (pág. 1 a 15, archivo “033ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 27 de julio de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandante JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ tiene derecho a la reliquidación de la devolución de saldos incluido el bono pensional por las cotizaciones efectuadas ante el instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones entre el 08 de febrero de 1990 y el 31 de mayo de 2000. **SEGUNDO:** condenar a la NACIÓN representada por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a emitir, reconocer y pagar a PORVENIR S.A el respectivo bono pensional a favor de la demandante JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ por las cotizaciones efectuadas al ISS hoy Colpensiones por los periodos entre el 08 de febrero de 1990 y el 31 de mayo de 2000 la cual se le concede un término máximo de 30 días a partir de la ejecutoria de la presente sentencia y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de la misma. **TERCERO:** ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a realizar la devolución de saldos una vez recibido el bono pensional emitido por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a la señora JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ en un término de 30 días siguientes a la emisión y redención del bono pensional, en los términos esbozados en la parte motiva de este provisto. **CUARTO:** ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte

*motiva de esta providencia. **QUINTO:** ABSOLVER a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a la vinculada y NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ. **SEXTO:** DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva. **SÉPTIMO:** CONDENAR a las demandadas AFP PORVENIR S.A. y NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al pago de las Costas del proceso. Líquidense por secretaria inclúyanse en ellas la suma de \$ 1.500.000 como valor en que se estiman las agendas en derecho, a razón de 50 % por cada una de las dos entidades que fueron condenadas a través de esta providencia Tásense \$750,000 para PORVENIR S.A. y \$ 750.000 para la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. **OCTAVO:** CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en caso de no ser apelada la presente decisión, y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.”*

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y cancele la devolución de saldos por concepto de reconocimiento y pago del bono pensional tipo A y si como consecuencia hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, indexación, costas procesales y agencias en derecho.

Para resolver indicó que no existe controversia en el cumplimiento de los requisitos de la demandante para acceder a la devolución de saldos, que la Sala de Casación Laboral de la CSJ en casos de contornos fácticos similares ha sentado doctrina probable en sentencias SL 451 de 2013, SL 2655 de 2018, SL 5092 de 2019 y SL 2649 de 2020 en el sentido que las cotizaciones efectuadas por los docentes como aportes privados es dable emitir el bono pensional en razón a la naturaleza que las componen por su financiamiento totalmente diferente, que en el caso bajo estudio las cotizaciones de las que se pretende el pago del bono pensional corresponden a periodos cotizados con empleadores privados y por ende no existe incompatibilidad alguna y como consecuencia PORVENIR S.A. debe pagar la devolución de saldos a la demandante incluyendo el valor del bono pensional.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. María Alejandra Almanza Núñez, identificada con C.C. 1.018.456.532 y titular de la T.P. 273.998 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos reiteró que COLPENSIONES carece de legitimación en la causa por pasiva y solicitó no se le condene en costas. Por su parte, la AFP PORVENIR S.A en su escrito de alegatos manifestó su conformidad con el fallo proferido en la primera instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y que conforme al artículo 121 de la ley 100 de 1993 es la encargada de pagar los bonos pensionales a cargo de la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es compatible la emisión y pago del bono pensional Tipo A, a cargo de la NACIÓN.- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con la pensión de jubilación y la pensión gracia reconocida a la demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y CAJANAL hoy

UGPP y si como consecuencia de ello la AFP PORVENIR S.A debe otorgar la devolución de saldos incluyendo el valor del referido bono, conforme los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que JUDITH RODRIGUEZ SANCHEZ fue pensionada por la Secretaria de Educación de Bogotá por jubilación a través de la Resolución No.3437 (pág. 32 y 33, archivo “015ContestacionDeDemanda”); **ii)** que la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL a través de Resolución No.19231 de fecha 10 de mayo de 2007 reconoció a la demandante pensión gracia (pág. 34 a 36, archivo “015ContestacionDeDemanda”); **iii)** que la demandante nació el 22 de octubre de 1955 (pág. 23, archivo 003 Demanda); **iv)** que la demandante radicó ante PORVENIR S.A solicitud de pensión de vejez el 08 de enero de 2013 bajo radicado 0190100013980100 (pág. 24, archivo “003 Demanda”); **v)** que JUDITH RODRIGUEZ SANCHEZ cotizó al ISS desde el 08 de febrero de 1990 a 30 de junio de 2000, teniendo como empleadores a personas jurídicas de carácter privado (pág. 33, archivo “003 Demanda”); **vi)** que PORVENIR S.A mediante oficio de fecha 07 de febrero de 2013 negó la pensión de vejez a la demandante y aprobó la devolución de saldos (pág. 36 archivo 003Demanda); **vii)** que PORVENIR S.A mediante oficio de fecha 21 de febrero de 2013 otorgó a la demandante devolución de saldos por la suma de \$2.490.151 sin tener en cuenta el bono pensional (pág. 44 archivo 003Demanda); **viii)** que la demandante radicó reclamación administrativa ante PORVENIR S.A el 31 de octubre de 2013 bajo radicado 0100222051523600 solicitando la inclusión del Bono Pensional (pág. 39 a 43, archivo “003Demanda”); **ix)** que PORVENIR S.A mediante oficio de fecha 08 de noviembre de 2013 dio respuesta a la reclamación administrativa negando la inclusión del bono pensional (pág. 45 a 46, archivo “003Demanda”); **x)** y que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de Resolución No.4533 de fecha 27 de octubre de 2015 anuló la emisión del bono pensional en favor de la demandante (pág. 38 a 41, archivo “015ContestacionDeDemanda”).

Así, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Compatibilidad entre la devolución de saldos y las pensiones reconocidas por el Magisterio**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las *“prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional, no genera incompatibilidad

alguna (*SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022*).

- **De la emisión y pago del bono pensional**

El artículo 11 del Decreto 1299 de 1994, establece que habrá lugar a la redención del bono pensional cuando: i) el afiliado cumple la edad que se tomó de base para el cálculo del respectivo bono pensional; ii) cuando se causa la pensión de invalidez o sobrevivientes; y iii) cuando haya lugar a la devolución de saldos.

Por su parte, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece que quienes al cumplimiento de la edad requerida no acredite el número de semanas exigidas ni el capital necesario para financiar una pensión tienen derecho a la devolución de saldos del capital acumulado junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional. Dicho bono pensional conforme el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, esta a cargo de la Nación en aquellos eventos en que la responsabilidad recaiga sobre el ISS hoy Colpensiones, CAJANAL o cualquier otra entidad del sector público, por lo que la emisión, redención y pago se encuentra a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso se tiene que a JUDITH RODRÍGUEZ SÁNCHEZ le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá a través de la Resolución No.3437 del 22 de junio de 2011 (*pág. 32 a 33, archivo “015ContestacionDeDemanda”*), así como una pensión gracia otorgada por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL a través de Resolución No.19231 de fecha 10 de mayo de 2007 (*pág. 34 a 37, archivo “015ContestacionDeDemanda”*) y para el reconocimiento, liquidación y pago de las mismas solo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados con entidades públicas cuando se desempeñó como docente. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados en el ISS hoy

COLPENSIONES con empleadores privados desde el desde el 08 de febrero de 1990 a 30 de junio de 2000.

Al respecto, conforme al precedente jurisprudencial, las pensiones que percibe la demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP son compatibles con la emisión, liquidación y pago del bono pensional a cargo de la Nación, atendiendo a que dicho bono si bien es pagado por la Nación, su fuente de financiación radica en los aportes que sufragó la demandante con empleadores privados al ISS hoy Colpensiones entre el 08 de febrero de 1990 al 30 de junio del 2000 y que al haberse trasladado al RAIS administrado por Porvenir se causa el derecho al bono pensional, sin que ello comporte incompatibilidad alguna.

La demandante, conforme lo determinó PORVENIR en oficio de fecha 21 de febrero de 2013 (*pág. 44 archivo 003Demanda*) y que no fue objeto de controversia, acreditó los requisitos establecidos en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la devolución de saldos por vejez y en dicha devolución otorgó la suma de \$2.490.151, sin tener en cuenta el bono pensional argumentando una incompatibilidad.

Por todo lo anterior, la demandante tiene derecho a la emisión, liquidación y pago del bono pensional a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y como consecuencia de ello la AFP PORVENIR S.A debe reconocer y pagar la devolución a la demandante incluyendo el valor del referido bono pensional, argumentos suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

No es un hecho ajeno para la Sala que en el transcurso del proceso ocurrió el desafortunado deceso de JUDITH RODRIGUEZ SÁNCHEZ el 27 de septiembre de 2021 (*pág. 4 archivo 02 Memorial Sustitución Procesal*), razón por la cual quienes tengan la calidad de herederos deberán tramitar ante la AFP PORVENIR S.A. el pago de la

prestación económica que en vida correspondía a la demandante y que se confirma a través de la presente providencia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Salvo voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: JUDITH RODRIGUEZ SANCHEZ

DEMANDADO: PORVENIR Y NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

RADICADO: 11001 31 05 011 2015 00280 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

De manera respetuosa se presenta salvamento de voto respecto de la decisión de la mayoría de la sala por las siguientes razones:

No es objeto discusión que la parte demandante se encuentra pensionada por parte del Fondo del Magisterio y de Cajanal, entidades respecto de las cuales recibe pensión de jubilación y de gracia, respectivamente, así como tampoco fue objeto disenso que cotizó a PORVENIR por empleadores privados.

En relación con la pretensión solicitada por el demandante de emisión del bono por parte del Ministerio de Hacienda a fin de que el Fondo de Pensiones realice la devolución de saldos, es de anotar que la devolución de saldos consagrada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

los requisitos se refieren a i) que el afiliado no haya cotizado en número mínimo de semanas exigidas en el artículo 66 y haya cumplido la edad prevista en él y ii) no haya acumulado el capital necesario para financiar la pensión por lo menos igual al salario mínimo.

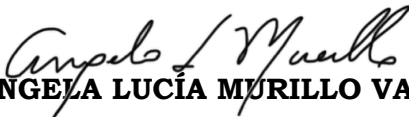
En el caso que ocupa la atención, quedó establecido que el demandante no cumple con las 1150 semanas señaladas en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dado que se encuentra pensionado por el fondo del Magisterio y CAJANAL se advierte la improcedencia de la pretensión.

Ello porque al ser la devolución de saldos una prestación supletoria de la pensión de vejez y tener la pensión de jubilación como objetivo cubrir la contingencia de vejez al punto que solo es exigible cuando se ha superado la edad exigida en la norma que la consagra, da lugar a colegir que no se cumplen los presupuestos de la norma para conceder la devolución de saldos.

En conclusión, al gozar la demandante de una pensión que cubre el riesgo de vejez, como son las pensiones de jubilación y gracia otorgada por su labor en el magisterio, no le es dable recibir otra prestación que aunque sustitutiva cubre el mismo riesgo.

Finalmente, debe recordarse que la Ley 549 de 1999 señaló que todos los tiempos deben ser utilizados para financiar la pensión y debe ser entregado el equivalente de las cotizaciones a quien reconoció la pensión.

De tal manera que al no cumplirse los requisitos señalados en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 que es la aplicable al caso en concreto, había lugar a revocar la sentencia de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11-2016-00602-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 17 de febrero de 2020 del Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probada la excepción de inexistencia del derecho, absolvió de las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (14:38 archivo “40.2Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 16 archivo “003Demanda”).**

ROSA DERLY VÁSQUEZ DE GÓMEZ solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite a partir del 16 de abril de 2012, retroactivo pensional, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 1º de noviembre de 1964 celebró matrimonio católico con **LUÍS ENRIQUE GÓMEZ VÁSQUEZ** (q.e.p.d.), convivencia ininterrumpida hasta el fallecimiento del causante el 19 de enero de 2000 mientras laboraba en el **CONSORCIO GÓMEZ CAJIAO Y ASOCIADOS**. Aseguró que, si bien su domicilio es Bogotá D.C. y el del causante era Barrancabermeja, ello no implicó

separación de hecho ni de bienes, por cuanto la convivencia nunca finalizó, procreando dos hijos con el causante, ya mayores de edad, llamados ROSA LILIANA GÓMEZ VÁSQUEZ y SANDRA PATRICIA GÓMEZ VÁSQUEZ. Manifestó que con ocasión de los edictos que efectuó el empleador, conoció que el causante sostuvo una unión marital de hecho con ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.), de forma simultánea con su matrimonio, relación extramatrimonial de la cual se procrearon 3 hijos ya mayores de edad llamados YAMITH MILENA GÓMEZ HERNÁNDEZ, LIGIA VIVIANA GÓMEZ HERNÁNDEZ y LUÍS FERNANDO GÓMEZ HERNÁNDEZ. Aseguró que inició proceso laboral para reclamar el porcentaje de las acreencias laborales del causante que le correspondían como cónyuge supérstite, proceso que conoció el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y en el cual se vinculó a la ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.), respecto de quien el juez desestimó su estatus de compañera permanente y reconoció únicamente a la cónyuge supérstite como beneficiaria de las acreencias laborales. A pesar de lo anterior, el extinto ISS reconoció la pensión de sobrevivientes a ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.) y a su hija menor de edad para dicha época LIGIA VIVIANA GÓMEZ HERNÁNDEZ, ante lo cual el 16 de abril de 2012 solicitó el reconocimiento de dicha prestación como cónyuge supérstite, petición que nunca fue contestada por el ISS o **COLPENSIONES**, por lo cual interpuso acción de tutela, siendo amparado su derecho de petición, por lo cual se profirió la Resolución GNR 48839 del 15 de febrero de 2016 que negó la prestación alegando que la condena era contra el empleador y no **COLPENSIONES**, acto administrativo contra el cual interpuso recursos y que fue confirmado con las Resoluciones GNR 224930 del 30 de julio de 2016 y VPB 36612 del 20 de septiembre de 2016, última en la cual se indicó que prescribió el derecho a la pensión, siendo también infundada la presunta falta de convivencia de la cónyuge en los 2 últimos años de vida del causante. Por último, indicó que no hay beneficiarios actuales de la pensión de sobrevivientes, ya que ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.) falleció en 2013 y su hijo adquirió la mayoría de edad y terminó sus estudios.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de muerte del causante y el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.) y LIGIA VIVIANA GÓMEZ HERNÁNDEZ. Indicó que la Administradora ya reconoció la pensión a las beneficiarias del causante, sin que la **DEMANDANTE** acreditara el requisito de convivencia con el causante en los 2 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, por lo cual no es posible revocar el reconocimiento que conforme a derecho efectuó la Entidad en su momento, más aún cuando la Ley 100 de 1993 en su redacción original no previó como distribuir la prestación en caso de convivencia simultanea entre cónyuge y compañera permanente, lo cual reiteró el artículo 34 del Decreto 758 de 1990, aspecto que solo fue corregido con la Ley 797 de 2003, la cual no aplica al caso bajo estudio. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción y la genérica (archivo “009ContestacionDeDemanda”).

Por auto del 03 de abril de 2018, se ordenó la vinculación de los herederos determinados e indeterminados de ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.) (archivo “018AutoQueAclaraCorrigeYAdiciona”), los cuales fueron emplazados por auto del 13 de julio de 2018 (archivo “020AutoQueOrdenaEmplazamiento”).

Así las cosas, a través de *curador ad litem*, los herederos determinados e indeterminados de ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.) contestaron la demanda, se oponen a las pretensiones, aceptan los hechos relativos al fallecimiento del

causante, que nunca se liquidó la sociedad conyugal, que hay 02 hijos matrimoniales y 03 hijos extramatrimoniales. Indicó que la **DEMANDANTE** convivió con el causante solo 6 años, tras lo cual desde 1970 se radicó permanentemente en Barrancabermeja, donde sostuvo una unión marital de hechos hasta el día de su muerte, hecho conocido por la **DEMANDANTE**, cuyas hijas y nietos visitaron al causante en Barrancabermeja y las hijas extramatrimoniales también viajaron a Bogotá D.C. a compartir con sus medias hermanas. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido (Pág. 1 a 10 archivo “031ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (14:38 archivo “40.2Audiencia”).

El 17 de febrero de 2020, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte de la ciudadana ROSA DERLY VÁSQUEZ DE GÓMEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho, propuesta por la DEMANDADA de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR en costas a la DEMANDANTE. Líquidese por Secretaría, inclúyanse en ellas la suma de \$200.000, valor en que se estiman las agencias en derecho, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, en favor de la DEMANDANTE en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si la **DEMANDANTE** tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y demás pretensiones reclamadas.

Para resolver indicó que la norma aplicable al caso es la Ley 100 de 1993 en su redacción original conforme la fecha de deceso del causante, norma que exige a la cónyuge supérstite dos años de convivencia en el periodo inmediatamente anterior al fallecimiento, requisito que no se acreditó porque la propia **DEMANDANTE** indicó que desde 1970 el causante se radicó en Barrancabermeja y si bien se mencionaron visitas, aquellas fueron esporádicas, mientras que la testigo JESUSITA GÓMEZ VÁSQUEZ, hermana del causante, indicó que aquél no sostuvo ningún vínculo con su cónyuge desde su retorno a Barrancabermeja y que la única relación que hubo fue con sus hijas matrimoniales.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **ROSA DERLY VÁSQUEZ DE GÓMEZ** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que si agotó la vía gubernativa, ya que el 16 de abril de 2012 radicó al ISS la solicitud de reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes, sin poder reclamar antes porque debió acreditar su calidad de cónyuge supérstite en el proceso ordinario laboral de reclamación de acreencias laborales del causante, al cual se vinculó a la compañera permanente y que finalizó después de 6 años, por ende, solo desde ese momento fue reconocida como cónyuge y reclamó al ISS, pero éste fue liquidado y **COLPENSIONES** nunca resolvió la solicitud, lo cual solo hizo porque la obligó un fallo de tutela. De otra parte, ningún testigo indicó malos tratos o abandono de las obligaciones conyugales y el causante se radicó en Barrancabermeja por una oportunidad laboral y no por la ruptura del vínculo matrimonial y de las obligaciones de techo, lecho y mesa, sin que exista prueba de lo contrario, además, las visitas de hijos y nietos al causante demuestran la existencia y fortaleza del vínculo matrimonial y los sueños y anhelos de una familia. Finalmente, la H. CSJ señala que si el causante es un afiliado no se debe acreditar la convivencia y, en el caso bajo estudio, el causante era afiliado, no obstante, el curador de los herederos determinados e indeterminados reconoció una convivencia entre los conyugues de 1964 hasta 1970, lo que acredita los 2 años de convivencia exigidos,

más aún cuando la testigo JESUSITA GÓMEZ manifestó no constarle que nunca hubo reconciliación entre los cónyuges (16:00 archivo “40.2Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a su recurso de apelación, reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora María Alejandra Almanza Núñez, identificada con CC 1.018.456.532 y TP 273.998 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo apelado por ser acorde a derecho.

Finalmente, el *curador ad litem* de **LIGIA VIVIANA GÓMEZ HERNÁNDEZ** y **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (Q.E.P.D.)** solicitó confirmar el fallo apelado por la inexistencia de convivencia simultanea entre la cónyuge y compañera permanente y la falta de cumplimiento de la primera de ellas de los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes.

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 la **DEMANDANTE** tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y demás pretensiones reclamadas, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el causante LUÍS ENRIQUE GÓMEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.) y la demandante **ROSA DERLY VÁSQUEZ DE GÓMEZ** celebraron matrimonio católico el 1º de noviembre de 1964, unión de la cual procrearon a SANDRA PATRICIA GÓMEZ VÁSQUEZ el 18 de junio de 1965 y ROSA LILIANA GÓMEZ VÁSQUEZ el 23 de mayo de 1967 (Pág. 22, 29 y 30 archivo “003Demanda”); *ii)* el causante falleció el 19 de enero de 2000, conforme la fecha indicada por **COLPENSIONES** en las Resoluciones GNR224930 del 30 de julio de 2016 y VPB 36612 del 20 de septiembre de 2016 y que concuerda con la fecha registrada en el certificado de defunción (Pág. 23, 90 a 102 archivo “003Demanda”); *iii)* Mediante las Resoluciones GNR 48839 del 15 de febrero de 2016, GNR224930 del 30 de julio de 2016 y VPB 36612 del 20 de septiembre de 2016, **COLPENSIONES** rechazó la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la **DEMANDANTE** (Pág. 65 a 70 90 a 102 archivo “003Demanda”).

En el presente asunto, el *a quo* declaró probada la excepción de inexistencia del derecho, absolvió de las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**.

El **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que si agotó la vía gubernativa y que no pudo reclamar antes la pensión de sobrevivientes porque debió acreditar su calidad de cónyuge supérstite en un proceso ordinario laboral y cuando reclamó ante el ISS, aquél fue liquidado y **COLPENSIONES** nunca resolvió la solicitud, hasta que fue obligado por un fallo de tutela. De otra parte, ningún testigo indicó malos tratos o el abandono de las obligaciones conyugales, vínculo que permaneció porque el traslado de residencia del causante fue por causa laborales y las visitas entre familiares demuestran la existencia y fortaleza del vínculo matrimonial y de familia. Por último, alegó que la H. CSJ no exige la convivencia en caso de muerte de afiliado, no obstante, se

reconoció la convivencia entre cónyuges por lo menos de 1964 hasta 1970, periodo superior al exigido de dos años, más aún cuando a la testigo JESUSITA GÓMEZ no le consta si hubo reconciliación entre los cónyuges.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre los requisitos de la cónyuge supérstite para acceder a la pensión de sobrevivientes en vigencia de la Ley 100 de 1993 antes de la modificación de la Ley 797 de 2003.**

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, determinó que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallece, siempre y cuando el afiliado al momento de su deceso estuviera cotizando al Sistema y tenga 26 semanas cotizadas o que habiendo dejado de cotizar al Sistema haya cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento. Por su parte, el artículo 47 original de la precitada Ley establece que el cónyuge supérstite podrá acceder a la prestación si acredita que hizo vida marital con el causante por lo menos en los dos años continuos inmediatamente anteriores a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.

Sobre la interpretación y alcance de las precitadas normas, la H. CSJ señala que la convivencia exigida al cónyuge supérstite debe ser acreditada al momento de la muerte del causante y por un término por lo menos igual a los dos años continuos anteriores a dicho fallecimiento, salvo la procreación de hijos, que solo exime del periodo de dos años pero no de acreditar que la convivencia existe al momento del deceso, siempre y cuando el alumbramiento ocurra dentro de los dos años anteriores al deceso del afiliado o pensionado, tal y como ha sostenido la Alta Corte en las sentencias SL Rad 35.933 del 19 de julio de 2011, SL Rad. 44.011 del 24 de enero de 2012, SL16322 de 2014, SL15276 de 2016, SL2603 de 2017, SL4099 de 2017, SL13039 de 2017, SL857 de 2021, SL3045 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no hay mérito alguno para acceder a las suplicas del recurso de apelación elevado por el apoderado de la **DEMANDANTE**, tal y como pasa a exponerse.

Sea lo primero indicar que la H. CSJ, de forma pacífica y reiterada, ha sostenido que la normatividad vigente a la fecha de muerte del causante regula la causación y disfrute de la pensión de sobrevivientes, tal y como ratificó en las sentencias SU149 de 2021, SL1427 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras.

En el caso bajo estudio, el causante LUÍS ENRIQUE GÓMEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.) falleció el 19 de enero de 2000, conforme la fecha indicada por **COLPENSIONES** en las Resoluciones GNR224930 del 30 de julio de 2016 y VPB 36612 del 20 de septiembre de 2016 y que concuerda con la fecha registrada en el certificado de defunción (Pág. 23, 90 a 102 archivo “003Demanda”), fecha para la cual estaba vigente el texto original de la Ley 100 de 1993, por cuanto aún no había sido proferida la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, la redacción original del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 consagró que los miembros del grupo familiar del afiliado que fallece tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, siempre y cuando el afiliado al momento de su deceso estuviera cotizando al Sistema y tenga 26 semanas cotizadas o que habiendo dejado de cotizar al Sistema haya cotizado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Advierte la Sala que respecto los requisitos anteriores no existe ninguna discusión entre las partes, al punto que **COLPENSIONES** alegó, como tesis defensiva, que ya había reconocido la pensión de sobrevivientes, siendo razonable inferir por tanto que el causante, al

momento de su deceso, cumplió los requisitos exigidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto los presupuestos exigidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, advierte la Sala que ha sido posición reiterada y pacífica de la H. CSJ exigir, tanto a la cónyuge como a la compañera permanente supérstites, acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante al momento de su muerte y por un término por lo menos igual a los dos años continuos anteriores a dicho fallecimiento, salvo la procreación de hijos, que solo exime del periodo de dos años, pero no de acreditar que la convivencia existe al momento del deceso, siempre y cuando el alumbramiento ocurra dentro de los dos años anteriores al deceso del afiliado o pensionado, tal y como ha sostenido la Alta Corte en las sentencias SL Rad 35.933 del 19 de julio de 2011, SL Rad. 44.011 del 24 de enero de 2012, SL16322 de 2014, SL15276 de 2016, SL2603 de 2017, SL4099 de 2017, SL13039 de 2017, SL857 de 2021, SL3045 de 2022, entre otras.

En el caso bajo estudio, no existe ningún elemento de prueba que acredite que la demandante **ROSA DERLY VÁSQUEZ DE GÓMEZ**, al momento del fallecimiento de su cónyuge LUÍS ENRIQUE GÓMEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.) el 19 de enero de 2000, estuviera haciendo vida marital con aquel, ya que si bien allegó declaraciones extrajuicio rendidas ante Notario Público por parte de ROBERTO CARLOS TORO MEJÍA (28 de julio de 2016) y MARGARITA VÁSQUEZ DE TORO (28 de julio de 2016), en las cuales manifestaron conocer que el causante y la **DEMANDANTE** celebraron matrimonio y compartieron techo, lecho y mesa hasta el deceso del primero (Pág. 86 y 87 archivo “003Demanda”), lo cierto es que el propio señor ROBERTO CARLOS TORO MEJÍA rindió testimonio en audiencia del 17 de febrero de 2021, en el cual reconoció que el causante residía en Barrancabermeja y si bien afirmó que visitaba a la **DEMANDANTE**, lo cierto es que señaló que el causante murió hace 21 años pero que la última vez que lo vio en Bogotá D.C. fue hace 22 o 23 años (30:00 archivo “40.1Audiencia”), lo cual impide determinar que el causante visitara con regularidad a la

DEMANDANTE y, por lo menos, que la última visita fue dos años antes de ocurrir su deceso.

De otra parte, la propia **DEMANDANTE** alegó en su declaración de parte que el causante se fue a vivir a Barrancabermeja desde 1970 y que conoció las hijas extramatrimoniales que su cónyuge procreó con ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.) y si bien indicó que tanto sus dos hijas y su nieto JUAN FERNANDO SILVA GÓMEZ visitaron al causante en Barrancabermeja, llama la atención que la **DEMANDANTE** nunca manifestó que el causante la visitara o que ella fuera hasta donde él residía, circunstancias que concuerdan con el dicho de la testigo JESUSITA GÓMEZ VÁSQUEZ, hermana del causante, quien indicó que LUÍS ENRIQUE GÓMEZ VÁSQUEZ (q.e.p.d.) retornó en 1970 a Barrancabermeja porque se había separado con la **DEMANDANTE**, con quien el causante nunca volvió a tener una relación directa, ya que su vínculo lo era pero con sus hijas matrimoniales (36:38 archivo “40.1 Audiencia”).

El análisis de los precitados medios de prueba permite acreditar que si bien no hay duda de que **DEMANDANTE** celebró matrimonio con el causante, vínculo que nunca se disolvió por cesación de efectos civiles del matrimonio católico o nulidad del mismo (Pág. 22 archivo “003 Demanda”), no bastaba con acreditar la calidad de cónyuge supérstite para acreditar, automáticamente, el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, por cuanto además del vínculo conyugal debía demostrarse una convivencia efectiva al momento del deceso del afiliado y que la misma hubiera perdurado por lo menos durante los 02 años anteriores a dicho fallecimientos, requisitos que no se acreditan en el caso bajo estudio.

No pasa por alto esta Sala que el apoderado de la **DEMANDANTE** alegó que presentó reclamación de la pensión de sobrevivientes hasta 2012 porque debía primero acreditar la calidad de cónyuge supérstite de su poderdante, argumento que carece de lógica por la sencilla razón de que bastaba con aportar el correspondiente registro civil de

matrimonio para acreditar dicha calidad, sin que fuera necesario acudir a ningún proceso judicial adicional.

De otra parte, en cuanto la manifestación del apoderado apelante que ningún testigo afirmó la ruptura de los cónyuges o la existencia de malos tratos o abandono de sus obligaciones reciprocas, esta Corporación rechaza tal argumento porque desconoce que la carga de la prueba de la convivencia efectiva era responsabilidad de la **PARTE DEMANDANTE**, conforme el artículo 167 CGP, ya que le correspondía a dicha parte acreditar los supuestos facticos de las normas que pretendió que le fueran aplicadas en juicio para acceder a su pretensión de ser declarada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, además, la testigo JESUSITA GÓMEZ VÁSQUEZ indicó, de manera contundente, que como hermano del causante percibió que su retornó a Barrancabermeja lo fue porque se había separado de la **DEMANDANTE**, con quien nunca volvió a tener relación y que su hermano se limitó a tener contacto con sus hijas matrimoniales y que desde 1970 hasta su fallecimiento convivió siempre con ANA TORIBIA HERNÁNDEZ AGUILERA (q.e.p.d.), relación que conoció porque trabajó en el mismo colegio donde laboró el causante y su compañera permanente, por lo cual si era posible concluir que un testimonio practicado en juicio desvirtuó la presunta convivencia entre los cónyuges que se alegó en la demanda.

En cuanto la tesis de que las visitas de las hijas y nietos matrimoniales al causante acreditan la existencia y fortaleza del vínculo matrimonial y familiares, basta con indicar al apoderado apelante que el requisito de convivencia, exigido en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su redacción original y antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, se debe acreditar al momento del deceso del afiliado, sin que las visitas entre familiares sea prueba contundente de la convivencia entre los cónyuges, aspectos que no se puede inferir del comportamiento de los demás miembros del núcleo familiar sino que compete única y exclusivamente de la cónyuge supérstite y el causante y que solo puede ser demostrado al

comprobarse que entre aquellos, a pesar de su residencia separada, continuó el ánimo de tener un proyecto de vida, con ánimo de permanencia y edificado sobre lazos de colaboración no solo económica sino afectiva y el reconocimiento ante la comunidad de dicho proyecto, lo cual no se demostró en el caso bajo estudio.

Frente la apreciación del apoderado apelante de que la **DEMANDANTE**, en su calidad de cónyuge, podía acreditar el requisito de convivencia en cualquier tiempo, la Sala se permite señalar que dicha regla jurisprudencial aplica a las pensiones de sobrevivientes configuradas bajo la Ley 797 de 2003 y no con anterioridad, por cuanto la H. CSJ ha sido reiterativa en señalar que si se analiza dicha prestación bajo las normas de la redacción original de la Ley 100 de 1993, en todo caso la cónyuge siempre debe acreditar que al momento del fallecimiento (y no en cualquier tiempo) estaba haciendo vida marital con el causante, tal y como se indicó en las sentencias SL Rad 35.933 del 19 de julio de 2011, SL Rad. 44.011 del 24 de enero de 2012, SL16322 de 2014, SL15276 de 2016, SL2603 de 2017, SL4099 de 2017, SL13039 de 2017, SL857 de 2021, SL3045 de 2022, entre otras.

En cuanto la súplica del apelante de considerar que la H. CSJ señaló que el requisito de convivencia solo debe acreditarse si el causante es pensionado, advierte esta Corporación que la H. CSJ, en las sentencias SL1730 de 2020, SL3626 de 2020, SL3785 de 2020, SL4606 de 2020, SL489 de 2021, SL1905 de 2021, SL2222 de 2021, SL2820 de 2021, SL5270 de 2021, concluyó que para establecer la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003, como cónyuge o compañero permanente supérstite del afiliado que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, por cuanto dicha norma solo previó un tiempo mínimo de convivencia solo en caso de muerte del pensionado.

No obstante, esta Corporación, de manera respetuosa, se aparta de la doctrina probable antes señalada, de conformidad con la regla

jurisprudencial adoptada en la sentencia C-836 de 2001 en cuanto la posibilidad del Juez de apartarse de la doctrina probable dictada por la H. Corte Suprema de Justicia, para lo cual esta Sala acoge los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021, la cual declaró sin valor ni efecto la sentencia SL1730 de 2020, al considerar el Órgano de Cierre de la jurisdicción constitucional que la regulación normativa de la pensión de sobrevivientes, para el caso del cónyuge y compañero permanente supérstite, constituye un medio de protección del núcleo familiar del causante, para lo cual el legislador estableció un periodo mínimo de convivencia que pretende salvaguardar a los verdaderos destinatarios de la prestación y evitar el fraude, garantizando la legitimidad y justicia en el otorgamiento de la prestación a quienes demuestran un compromiso de vida real y con vocación de permanencia, motivo por el cual, indistintamente de si el causante es pensionado o afiliado, se debe acreditar en todo caso el periodo mínimo de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, esta Sala concluye que en caso de muerte de afiliado se exige, sin salvedad alguna, la acreditación del periodo de convivencia para causar la pensión de sobrevivientes, motivo por el cual se rechaza la tesis del apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** de considerar que en el presente asunto no era exigible demostrar la convivencia con el causante, más aún si se considera que aún si esta Sala no se hubiera apartado de la doctrina probable, la H. CSJ solo ha considerado la posibilidad de exonerar del requisito del tiempo de convivencia al cónyuge o compañero permanente del afiliado que fallece únicamente en vigencia de la Ley 797 de 2003, que no es el caso bajo estudio, por cuanto en el presente asunto se discute la pensión de sobrevivientes conforme los requisitos dispuestos por la redacción original de la Ley 100 de 1993.

Por las precitadas consideraciones, al haber sido rechazados todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación,

no queda opción distinta que confirmar el fallo apelado. Sin costas en la apelación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

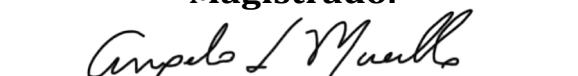
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

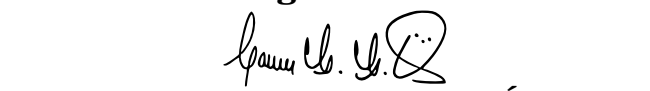
SEGUNDO: SIN COSTAS en la apelación.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.12 2020 00044 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO contra la sentencia del 28 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se condenó en costas a la parte demandante en cuantía de \$2.000.000 (*min. 01:36:01 archivo "013.11001310501220200004401"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES 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-RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM, que se declare que es beneficiario del régimen de transición, que tiene derecho a la pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985 a partir del 01 de julio de 2011, intereses moratorios, costas procesales, condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en el hecho de que nació el 1° de julio de 1956 y para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los trabajadores del Distrito Capital, acreditaba más de 750 semanas de cotización; que para el mes de diciembre de 1995 fue abordado por asesores de PORVENIR S.A. y suscribió formulario de afiliación el 28 de diciembre de 1995; que para el 27 de mayo de 1999 fue abordado por asesores de COLMENA ING hoy PROTECCIÓN y suscribió afiliación continuando en el RAIS; que los asesores de PORVENIR S.A y COLMENA ING hoy PROTECCIÓN no le suministraron información clara, cierta y oportuna sobre las consecuencias de trasladarse al RAIS; que las demandadas no le informaron que era beneficiario del régimen de transición; que PROTECCIÓN S.A. le reconoció pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado en cuantía de \$942.080 a partir del 23 de agosto de 2018; que mediante radicado del 11 de julio de 2019 solicitó a PROTECCIÓN S.A el traslado de régimen pensional, el 15 de agosto de 2019 solicitó a PORVENIR S.A el traslado de régimen pensional y en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media con prestación definida y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; que las peticiones fueron negadas por PROTECCIÓN S.A. a través de oficio del 02 de agosto de 2019, Colpensiones mediante oficio del 15 de agosto de 2019 y PORVENIR S.A. mediante oficio del 09 de diciembre de 2019; y que en Ley 33 de 1985 la mesada ascendería a la suma de \$1.600.000 para el 2011 y \$2.261.000 para el año 2020 (*pág. 2 a 15 archivo “01. EXPEDIENTE 2020-044”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de los hechos aceptó la edad del demandante, las solicitudes presentadas ante esa entidad y las correspondientes respuestas, de los demás hechos manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 149 a 155 archivo "01. EXPEDIENTE 2020 044"*).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, de los hechos aceptó la edad del demandante, el traslado de AFP, las semanas cotizadas, el reconocimiento pensional, la presentación de la solicitud de ineficacia y su respuesta, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó 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, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional 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 reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (*pág. 1 a 22, carpeta "003. contestación protección folio 149", archivo "CONTESTACIÓN CARLOS ALBERTO BOBADILLA"*).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, de los hechos aceptó la edad del demandante, la solicitud de ineficacia presentada por el demandante y su respuesta, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y

buena fe (*pág. 1 a 28, carpeta “004. Contestación porvenir folio 198”, archivo CD CARLOS BOBADILLA + ANEXOS*).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROTECCIÓN S.A. formuló demanda de reconvención en contra de **CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO** solicitando se declare que le reconoció pensión de vejez al demandante en cuantía de \$942.080 a partir del 23 de agosto de 2019, que para el año 2020 se encuentra pagando al demandante una mesada pensional en cuantía de \$ 995.778, por lo que si se llega a declarar la ineficacia del traslado se debe ordenar al demandante a reintegrar los valores pagados por concepto de mesadas pensionales indexadas hasta la fecha de su pago efectivo y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en el hecho de que CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO en agosto de 2018 solicitó pensión de vejez y autorizó los trámites para la redención del bono pensional, por lo que se le reconoció pensión de vejez a partir del 23 de agosto de 2018 (*pág. 1 a 4, carpeta “003 contestación protección folio 149”, archivo DEMANDA DE RECONVENCIÓN*).

Mediante auto del 09 de noviembre de 2020 el *a quo* tuvo por contestada la demanda, admitió la demanda de reconvención presentada por PROTECCIÓN y ordenó vincular a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (*pág. 184 a 185 archivo “01. EXPEDIENTE 2020-044”*).

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, de los hechos manifestó no constarle ninguno. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de vicios del consentimiento, prescripción, reintegro del valor del bono, el traslado de aportes no se

realiza mediante bono pensional, buena fe y la genérica. (pág. 3 a 22 archivo “010. CONTESTACION DDA MINHACIENDA”).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó la solicitud de pensión de vejez, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe y compensación (pág. 186 a 191 archivo “01. EXPEDIENTE 2020-044”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de junio de 2022, profirió fallo con el siguiente tenor literal:

...PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Dadas las resultas del proceso, el despacho se abstiene de pronunciarse tanto de la demanda de reconvención como de las excepciones propuestas en la demanda principal. **TERCERO:** costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, en razón de \$500.000 para cada una de las demandadas incluida la vinculada como litisconsorte necesaria la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte del demandante, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta” (min. 01:36:01 archivo “013. 11001310501220200004401”).

Como soporte de su decisión indicó que Protección le reconoció pensión de vejez a CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO en la

modalidad de retiro programado a partir del 23 de agosto de 2018 en cuantía de \$942.080,80 por 13 mesadas anuales, por lo que tratándose de pensionados por el RAIS la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373 de 2021 determinó que no es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y que por ende al encontrarse pensionado el demandante no es dable modificar situaciones consolidadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso, adujo que el actor nació el 1° de julio de 1956 y completo sus 55 años el mismo día y mes del año 2011, prestó sus servicios a la alcaldía mayor de Bogotá y cotizo en el ISS entre el 19 de agosto de 1976 al 15 de mayo de 2001 y para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 15 años de servicios y por ende podría trasladarse en cualquier momento de régimen pensional conforme la sentencia CC SU 062 de 2010.

Indicó que las demandadas no lograron desvirtuar una asesoría oportuna, veraz y clara al demandante para que su traslado surtiera los efectos que establece la Ley 100 de 1993, el traslado hecho por el demandante no fue de manera libre y voluntaria porque no le explicaron los riesgos, ventajas, beneficios y desventajas y más en el caso del demandante que era beneficiario del régimen de transición, quien tiene derecho a la pensión por transición, siendo un derecho irrenunciable, no es solamente en virtud de la asesoría sino de la expectativa legítima que tenía de pensionarse con el régimen más favorable; que si bien la CSJ cambio la postura que venía tomando respecto a estos casos, solicita se valore la situación especial del demandante; que en el trámite administrativo si se presentaron inconformidades ante Protección por el reconocimiento de la prestación y porque no se entregó la información precisa detallada y

clara al demandante para optar por una situación diferente en materia pensional.

Refiere que las AFP nunca le mencionaron que era beneficiario del régimen de transición y que por tener 15 años de servicio podía trasladarse en cualquier momento, por lo que lo engañaron con promesas falsas diciéndole que se podía pensionar antes de la edad que establecía el seguro social y que recibirá el mismo beneficio; que dentro del proceso la carga de la prueba estaba a cargo de las demandadas de demostrar que cumplieron su deber de información; indica que el demandante cotizó un tiempo suficiente al RPM para financiar su pensión. Por último, manifestó que en el presente caso se tiene en cuenta la desfinanciación del sistema pensional pero no los derechos vulnerados al demandante a quien no solo se le vulneró su expectativa legítima sino el monto de su pensión, su mínimo vital y la expectativa de tener una prestación digna en su vejez (01:37:13 archivo 013.11001310501220200004401).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó el poder a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia, y en su escrito de alegatos manifestó que no es procedente el traslado de régimen pensional solicitado por el demandante.

Por su parte, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO solicitó se confirme el fallo de primera instancia al considerar que el mismo se encuentra acorde con las normas aplicables vigentes y la jurisprudencia que existe sobre el particular. Y la apoderada de la parte demandante en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, respecto de una persona que tiene la condición de pensionada en el RAIS.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO nació el 1º de julio de 1956 (*pág. 16 archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*); **ii)** suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 28 de diciembre de 1995, efectivo a partir del 1º de enero de 1996 (*pág. 29 y 31 carpeta “004. Contestación porvenir folio 198”, archivo “CD CARLOS BOBADILLA+ANEXOS”*); **iii)** suscribió formulario de afiliación con COLMENA ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1999, efectivo a partir del 1º de julio de 1999 (*pág. 36 y 52 carpeta “003. Contestación protección folio 149”, archivo “CONTESTACIÓN CARLOS ALBERTO BOBADILLA HIDALGO”*); **iv)** se encuentra pensionado por PROTECCIÓN S.A. mediante oficio del 24 de mayo de 2019 en cuantía de \$942.080 a partir del 23 de agosto de 2018 (*pág. 56 a 62 archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*); **v)** que mediante radicados del 11 de julio de 2019 y el 15 de agosto de 2019, el demandante solicitó a PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (*pág. 63 a 73 archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*); **vi)** PROTECCIÓN S.A. mediante oficio del 02 de agosto de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (*pág. 74 a 77 archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*); **vii)** COLPENSIONES en comunicación del 15 de agosto de 2019 negó al demandante el traslado de régimen

pensional (pág. 78 *archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*); *viii*) PORVENIR S.A. en escrito del 09 de septiembre de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (pág. 79 a 81 *archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional**

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

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

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

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

A su vez, 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.

Además de lo anterior, la Sala considera pertinente señalar que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado. En la Sentencia SL-17595 de 2015, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó de forma expresa que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, extremo límite que a juicio de esta Corporación permite inferir de forma razonable que una vez consolidado el estado pensional, cesa la posibilidad para alegar la falta de información, por cuanto la decisión de solicitar el disfrute de la prestación económica y su posterior reconocimiento constituyen un acto de ratificación de la voluntad de configurar el derecho pensional conforme las características del RAIS.

Esa misma Corporación, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, ratificó la posición anterior y agregó que en estos casos no se trata solamente de revertir el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

- CASO CONCRETO

Conforme con la jurisprudencia reseñada, en el caso bajo estudio correspondía a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con el actor, cumplieron de forma oportuna dicha obligación de información, siendo a su cargo la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la H. CSJ ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó 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 y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP por cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, el demandante allegó copia del formulario de afiliación que suscribió con PORVENIR S.A. el 28 de diciembre de 1995 (*pág. 40 archivo "01 EXPEDIENTE 2020 044"*) y formulario de afiliación que suscribió con COLMENA ING hoy PROTECICON S.A el 07 de mayo de 1999 (*pág. 41 archivo "01 EXPEDIENTE 2020 044"*), los cuales si bien relacionan una manifestación de consentimiento libre e informado, la misma es genérica, por lo que no se pueden tener como pruebas contundentes de que se brindaron los suficientes elementos de juicio para que el demandante emitiera una decisión consciente y debidamente informada.

Al valorar el interrogatorio de parte rendido por el demandante no se obtiene confesión alguna en la cual manifieste que fue asesorado por las AFP demandadas, por el contrario, se ratificó en decir que

nunca le informaron las ventajas y desventajas de trasladarse y que la única diferencia entre regímenes era que se podía pensionar a cualquier edad (18:53 archivo 013. 11001310501220200004401)

No obstante, a pesar de que las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento de la obligación de información y asesoría al momento del traslado, no puede el Tribunal pasar por alto que el demandante se encuentra pensionado por PROTECCION S.A según oficio del 24 de mayo de 2019 donde le reconocen la prestación en cuantía de \$942.080 a partir del 23 de agosto de 2018 (*pág. 56 a 62 archivo “01 EXPEDIENTE 2020 044”*), por lo cual el demandante al haber solicitado el reconocimiento de su pensión de vejez la AFP PROTECCIÓN S.A. le realizó una reasesoria sobre las formas de pensión, liquidación, negociación del bono pensional y modalidades de pensión, sin que durante dicho trámite el demandante presentara su deseo de retornar al RPM, por lo cual debe entenderse que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y adquirir su pensión en dicho régimen.

Adicionalmente a lo anterior, la Sala recuerda que no es dable equiparar las condiciones de afiliado y pensionado. Al respecto, en la sentencia C-841 de 2003, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, norma que solo permite a los afiliados el traslado de AFP y no a los pensionados, por cuanto consideró que permitir dicha movilidad a estos últimos afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por el incremento de gastos administrativos y el desincentivo de inversiones a largo plazo que quedaría sometidas a que el pensionado no decida trasladarse.

Considerando la precitada sentencia y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se citó anteriormente, esta Sala concluye que es constitucionalmente válido limitar el traslado de pensionados entre AFP, con mayor razón debe restringirse el traslado de régimen pensional de los mismos, incluso si no se acredita que al momento del traslado las AFP demandadas hubieran cumplido con su deber de

información, toda vez que el reconocimiento de la pensión es un acto que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, sumado al hecho que permitir el cambio de régimen de los pensionados desconocería el principio de exclusividad de los regímenes, a la vez que conllevaría a afectar a terceros de buena fe, como lo es el caso de las compañías aseguradoras que emiten las pólizas de renta vitalicia y los terceros que adquirieron en el mercado de valores el bono pensional que fue negociado de forma anticipada, entre otros muchos, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones sobre la materia.

En conclusión, y dado que el demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, trámite durante el cual no manifestó ninguna oposición o deseo alguno de trasladarse al RPM, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que definió que no se cumplen los presupuestos normativos para declarar la ineficacia del traslado del demandante, quien ostenta la condición de pensionado.

Sobre los argumentos de la apoderada del demandante referidos al perjuicio económico y a la condición de beneficiario del régimen de transición, conviene precisar que el demandante está en libertad de acudir a las vías judiciales pertinentes para reclamar los eventuales perjuicios que considere causados por parte de las AFP demandadas, pues dentro de este proceso no se formularon pretensiones subsidiarias en este sentido y por ello no es procedente su estudio.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por
autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por
las razones anteriormente expuestas.

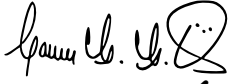
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la
AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme
el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080
de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.17-2019-00266-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 09 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de cosa juzgada, absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante (33:48 *archivo "VIDEO AUD. 09-08-2021"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (Pág. 4 a 9 *archivo "2019-266.pdf"*).

LUZ MARINA SEGURA DE ORTIZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 01 de agosto de 2012, indexación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que mediante Resolución GNR de 12 de diciembre de 2016, COLPENSIONES le reconoció de vejez de Ley 71 de 1988 en cuantía de \$814.141, a partir del 1° de agosto de 2012; posteriormente, a través de Resolución SUB 268113 de 24 de noviembre de 2017, COLPENSIONES da cumplimiento a la sentencia dictada por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, adicionada por esta Corporación en providencia del 17 de enero de 2017; que judicialmente se le reconoció el régimen de transición y la pensión de jubilación por aportes pero con una mesada inicial de un SMLMV, afectándose la mesada que percibía, liquidación que se sustentó en 1.062.42 semanas; que en el curso de tales procesos, COLPENSIONES corrigió su historia laboral incrementando las semanas a la cantidad de 1086.13 semanas, motivo por el cual el 10 de enero de 2018 solicitó la reliquidación de su mesada pensional ante la demandada, la cual fue negada mediante Resolución SUB36492 de 08 de febrero de 2018 y luego de recurrida, la decisión se confirmó por medio de las resoluciones SUB 51191 de 27 de febrero de 2018 y DIR 5131 de 09 de marzo de 2018.

CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 40 a 44 archivo “2019-266.pdf”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, al considerar que las mismas no tienen fundamento legal. Aceptó todos los hechos de la demanda y en su defensa, propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(33:48 archivo “VIDEO AUD. 09-08-2021”)

El 09 de agosto de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de cosa juzgada propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, según las razones expuestas en Precedencia. **SEGUNDO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora LUZ MARINA SEGURA DE ORTIZ identificada con la C.C. 20.389.957, según las razones expuestas en precedencia. **TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandante. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$200.000 M/Cte. **CUARTO: SE DISPONE LA CONSULTA** de esta sentencia a favor de la demandante, remítase el expediente al Superior en las condiciones ya señaladas.”

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si tiene prosperidad la excepción de cosa juzgada y, en caso de no estar configurada, determinar si procede la reliquidación.

Para resolver, indicó que el instituto de la cosa juzgada requiere de unos presupuestos que en caso de establecerse conllevan necesariamente a concluir que el asunto sometido a consideración del juez ordinario ya fue decidido por otra autoridad judicial, conforme al artículo 303 CGP; que acorde con la jurisprudencia de la SL CJS y luego analizar la prueba documental, encontró que la demandante en el proceso instaurado en el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá reclamó pensión de jubilación por aportes haciendo énfasis en el número de semanas cotizadas, sentencia que fue clara en determinar la cuantía al establecer como mesada un SMLMV, circunstancia que no fue objeto de ataque por las parte demandante, por lo que si la demandante no estaba de acuerdo con el valor reconocido, debió alegar eso en su recurso de apelación indicando que debía tenerse un IBL más alto; que en todo caso, la tasa de reemplazo en la Ley 71 de 1988 es del 75% por lo que al concederse sobre un SMLMV el IBL era inferior a esa suma siendo necesario ajustarla a ese mínimo legal. Además, de accederse a la reliquidación pensional el resultado sería la misma decisión; que si bien la demandante informó que en curso

del proceso en el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá se corrigió su historia laboral y obtuvo un mayor número semanas cotizadas a 1.086 semanas, no se aportó medio de convicción para constatar que se registró esa novedad; que la decisión de todas formas sería absolutoria por cuanto la demandante cotizó los últimos 10 años de servicios con un smlmv y al no contar con una cifra superior a 1.250 semanas no era posible efectuar una reliquidación en términos distintos; que por tal razón, encontró configurados los elementos de cosa juzgada y declaró probada dicha excepción, absolviendo a Colpensiones de todas las pretensiones y condenando en costas a la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Como sustento, señaló que en la presente demanda se reclama es una reliquidación de mesada pensional y en la demanda presentada en el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá lo que se solicitó fue el reconocimiento del régimen de transición y la pensión de jubilación; que si bien había podido ser objeto de debate en dicho proceso lo relacionado con las semanas adicionales, dicho aspecto no se surtió debido a que al momento en que se dictó la sentencia de primera instancia no se había modificado la historia laboral, carga administrativa propia de COLPENSIONES, modificación que quedó probada con la aceptación del hecho 5 de la demanda por parte de COLPENSIONES; y que lo que se reclama no es una liquidación de los últimos diez años sino por favorabilidad la de toda la vida laboral, que le es más favorable (35:04 archivo "VIDEO AUD. 09-08-2021").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, no hubo pronunciamiento de las partes.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si operó la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada y, en caso contrario, la procedencia de la reliquidación de la pensión de vejez

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** a LUZ MARINA SEGURA DE ORTIZ le fue reconocida pensión de jubilación por aportes por ser beneficiaria del régimen de transición y cumplir los requisitos establecidos por la Ley 71 de 1988, a partir del 1° de agosto de 2012 en cuantía de \$566.700, conforme sentencia judicial de fecha 17 de enero de 2017 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral de Circuito de Bogotá, providencia adicionada por esta Corporación mediante sentencia del 09 de agosto de 2017 (*Pág. 84 a 88 archivo “2019-266.pdf”*); **ii)** COLPENSIONES dio cumplimiento a la sentencia judicial a través de la Resolución SUB 268113 del 24 de noviembre de 2017 (*Pág. 19 archivo “2019-266.pdf”*); **iii)** y la demandante presentó solicitud de reliquidación pensional a Colpensiones el 10 de enero de 2018, la cual fue resuelta de manera desfavorable (*Pág. 17 archivo “2019-266.pdf”*).

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

- Sobre la excepción de cosa juzgada

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente indicar que 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.

Para determinar el alcance de las expresiones “*igual causa*” y “*mismo objeto*”, es relevante considerar que en la sentencia SL3576 de 2021, la H. CSJ indicó que por “*mismo objeto*” se entiende la identidad en la cosa pedida, esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama, mientras que por “*igual causa*” se entiende la identidad del hecho jurídico o material que sirve de fundamento del derecho reclamado. Por su parte, en la sentencia SL4256 de 2021, se indicó que la identidad de objeto consiste en la igualdad en el derecho que se reclama, mientras que la identidad de causa corresponde en la igualdad en los hechos que sirven de fundamento al derecho reclamado. Finalmente, en la sentencia SL4467 de 2021, la H. CSJ reiteró que la identidad en el objeto hace referencia a que coincida el beneficio jurídico reclamado, mientras que la igualdad de causa refiere que los hechos jurídicos o materiales que sirven de fundamento al derecho reclamado sean idénticos.

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, una vez revisado el expediente, la Sala concluye que en el presente asunto no operó la excepción de cosa juzgada, pues el proceso tramitado con anterioridad en el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado No.2015-00212, que finalizó con la sentencia proferida por dicho despacho, el 17 de enero de 2017 (*Pág. 17 archivo “2019-266.pdf”*) resolvió la controversia relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación por

aportes en favor de la aquí demandante y no la reliquidación pensional con ocasión de un número mayor de semanas.

En efecto, de la revisión de la demanda que dio origen a esta controversia y la demanda que presentó en el proceso anterior (*Pág. 77 a 82 archivo “2019-266.pdf”*), si bien se advierte que fueron las mismas partes no ocurre lo mismo con la identidad de objeto y causa. Dentro del trámite del proceso que estudió el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, se reclamó: “...solicito al Despacho se condene a COLPENSIONES, así: 1. Al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, de acuerdo a la Ley 71 de 1988, a la demandante LUZ MARINA SEGURA DE ORTIZ, a partir del 31 de julio de 2012 (fecha del último aporte a pensiones)”. Dicha pretensión se fundamentó en que la demandante tenía 1.060 semanas cotizadas, siendo beneficiaria del régimen de transición.

Se advierte que COLPENSIONES tenía la carga de la prueba de acreditar todos los presupuestos señalados para la procedencia de la excepción de cosa juzgada y en este caso se adolece de los audios de las sentencias de primera y segunda instancia del Proceso No.2015-00212, pruebas relevantes para resolver este tipo de controversias, lo que impide conocer el análisis que se adelantó frente a la aplicación del IBL para calcular la mesada pensional y la cantidad de semanas acreditadas en el juicio, razón por la que la Sala se remite únicamente a la evidencia documental.

Así las cosas, contrario a lo indicado por el juzgado de instancia, conforme con los documentos incorporados al proceso, en el precitado asunto no se configura la cosa juzgada respecto la controversia relativa a la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes, por cuanto se está incluyendo una situación fáctica nueva como lo es la acreditación de un número mayor de semanas contenidas en la historia laboral, 1.086,13 semanas, hecho expresamente aceptado por COLPENSIONES, aspecto por el cual la parte actora reclama el derecho a la reliquidación.

Bajo este análisis, no se configuró la excepción de cosa juzgada, motivo por el cual se revocará el ordinal primero de la sentencia, siendo necesario estudiar de fondo el derecho prestacional reclamado, conforme los argumentos expuestos en el recurso de apelación donde se solicita se reliquide la pensión de jubilación por aportes teniendo en cuenta como IBL el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral. Si bien en las pretensiones de la demanda no se indicó expresamente este pedimento, lo cierto es que del contenido de los fundamentos y razones de derecho se deduce con facilidad que esa fue la intención.

- Sobre el ingreso base de liquidación a los beneficiarios del régimen de transición

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que las normas que se aplican en materia pensional a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición, normativa cuya finalidad es mantener, para algunas personas, la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas.

Esto ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición, normativa que le fue aplicada al demandante por tener más de 35 años. En dicho régimen se mantuvieron algunas y no todas las condiciones que regulaban las normas anteriores en materia pensional, pues si bien dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o porcentaje para acceder a la pensión de jubilación de sus beneficiarios es la *“establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*, (para la situación de la demandante el consagrado en la Ley 71 de 1988) también advirtió claramente, que para definir el ingreso base de liquidación de la pensión, se aplicarían

“*las disposiciones contenidas en la presente Ley*” es decir en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, es uniforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en señalar que, frente a las pensiones concedidas en virtud del régimen de transición, la liquidación de la base salarial se encuentra sometida a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al no ser éste un elemento del régimen de transición, sin que le sea dable al fallador remitirse a la legislación precedente. Por lo tanto, que las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. (CSJ SL632-2021, CSJ SL4122-2020, CSJ SL803-2019, SU-023-2017, CC SU-230 de 2015 y CC SU-258 de 2013).

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece que el ingreso base de liquidación se obtiene calculando el promedio de los “*salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...) actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...) Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo*”

A su vez, el inciso 3° del artículo 36 de la misma ley, dispone que “*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor*”

En este asunto, LUZ MARINA SEGURA DE ORTIZ es beneficiaria del régimen de transición y su estatus pensional lo cumplió a partir del 1° de agosto de 2012, conforme lo determinó el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 17 de enero de 2017, por lo que es fácil concluir que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, a la demandante le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho pensional y por ende el marco normativo que regula el IBL de su prestación pensional es el indicado en artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, al tener la demandante acreditadas tan solo 1.086 semanas cotizadas no cumple el presupuesto establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (1.250 semanas como mínimo) para que se calcule su IBL teniendo en cuenta el promedio de los salarios con los cuales efectuó cotizaciones durante toda la vida laboral, razón suficiente para absolver a la demandada de esta pretensión, motivo por el cual se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia y en su lugar se declara no probada la excepción de

cosa juzgada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

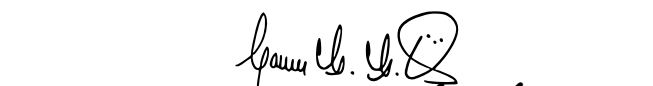
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.17 2019 00659 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del veintidós (22) de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, mediante la cual declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda (*min. 12:32 archivo 06.AUD.ORD.17-2019-659*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUIS ALFREDO BARRANTES, presentó demanda ordinaria laboral en contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, con el fin de que se condene a la demandada a reajustar la pensión de invalidez con fundamento en lo previsto en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo, junto con las diferencias causadas, indexación, extra y ultra *petita* y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró para la demandada en calidad de trabajador oficial desde el 08 de octubre de 1973 al 30 de abril de 1986, que fue retirado de la empresa por presentar una pérdida de capacidad laboral que lo incapacitaba para desempeñar sus labores, que la demandada a través de Resolución No.0474 de 03 de julio de 1986 le reconoció pensión de invalidez a partir del 01 de mayo de 1986, teniendo como primera mesada pensional la suma de \$80.718,63, que a su pensión de invalidez no le han aplicado los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, los cuales fueron negados por el Fondo demandado (*pág. 5 a 21 archivo “01. Expediente 2019-659”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, su condición de extrabajador oficial, pensionado por invalidez y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (*pág. 35 a 40 archivo “01. Expediente 2019-659”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2021 (*12:32 archivo 06.AUD.ORD.17-2019-659*), profirió fallo al siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada **INEXISTENCIA DEL DERECHO** y por ende se **ABSUELVE** al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda, conforme se expuso. **SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia. **TERCERO:** En caso de no ser objeto de recurso de apelación la presente decisión por parte del demandante se ordena la remisión del expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, a fin de que se surta

el grado jurisdiccional de consulta en la medida en que la sentencia le fue completamente desfavorable a las pretensiones que invocó”.

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si resulta viable la aplicación de las normas invocadas por la parte actora, Ley 6 y Decreto 2108 de 1992, y tiene derecho a que su pensión sea reajustada (04:12 archivo 05.AUD.ORD.17-2019-659).

Para resolver indicó que para acceder al incremento estipulado en la Ley 6 de 1992 regulada por el Decreto 2108 de 1992 se requiere que la prestación económica se hubiere causado con anterioridad al 01 de enero de 1989, así mismo que se trate de una pensión de jubilación del sector público nacional que, conforme a ello, el demandante no es beneficiario de los reajustes por cuanto su pensión fue reconocida por invalidez y la norma es clara que solo aplica a las pensiones de jubilación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Para sustentar, indicó que su cliente si cumple los requisitos para que se condene a la demandada los reajustes pensionales descritos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, que la pensión del actor fue reconocida con anterioridad al 01 de enero de 1989, que la pensión que disfruta el demandante es una pensión del orden nacional, que los reajustes que aplicó la entidad demandada son inferiores a los descritos en la Ley 6ª de 1992 y que la misma quedó reajustada con salarios inferiores al salario mínimo, que si bien el artículo 116 de la Ley 6ª de 1993 fue declarado inexecutable, la declaratoria de inexecutable solo produjo efectos hacia futuro y que los reajustes causados durante su vigencia constituyen derechos adquiridos para su poderdante y que pueden ser reclamados en cualquier tiempo, que al desconocer el pretendido reajuste pensional se vulneran los artículos 13,46,47,48 y 53 que determinan el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, que los destinatarios del Decreto 2108 de 1992 son

los pensionados afectados por la Ley 4ª de 1976 y todos aquellos pensionados que tenían derecho a una mesada pensional superior al salario mínimo con anterioridad al año de 1988 como el caso del demandante y que por ende la Ley 6ª de 1992 zanjó dicha diferencia causándose en derecho en favor del demandante, que en principio la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 previo literalmente el reajuste pensional para las pensiones de jubilación también es absolutamente cierto que las altas cortes han consagrado ese derecho al reajuste pensional con independencia a la modalidad de pensión siempre y cuando los reajustes hubieren sido inferiores al salario mínimo legal y que la pensión de invalidez del demandante al haber sido reajustada con inferioridad al salario mínimo es totalmente procedente el reajuste pensional contendió en la Ley 6ª de 1992 (13:41 archivo 06.AUD.ORD.17-2019-659).

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 presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando se revoque el fallo de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. La apoderada de la demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el demandante tiene derecho al reajuste pensional de la pensión de invalidez con fundamento en lo previsto en la Ley 6ª de 1992 y el

Decreto 2108 de 1992, junto con las diferencias causadas, indexación y costas del proceso.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** Que LUIS ALFREDO BARRANTES nació en fecha 21 de septiembre de 1950 (*pág. 34 carpeta H.L FOLIO 20, archivo “08-01684 BARRANTES LUIS ALFREDO”*); **ii)** que la demandada mediante Resolución No.0474 de fecha 03 de julio de 1986 reconoció al demandante pensión de invalidez a partir del 01 de mayo de 1986 (*pág. 27 a 28 archivo “01. Expediente 2019-659”*); **iii)** que el demandante en solicitó al Fondo Pasivo el reajuste de su pensión de invalidez (*pág. 19 a 21 archivo “01. Expediente 2019 659”*); **iv)** que la demandada mediante Resolución No.0514 de fecha 18 de marzo de 2019 negó la reliquidación (*pág. 22 a 24 archivo “01. Expediente 2019 659”*)

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- **Sobre el reajuste pensional solicitado**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, se advierte que el actor solicita el reajuste pensional definido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, sobre el punto tales normas establecen lo siguiente:

“Artículo 116: *Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989. Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo”.*

Por su parte el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992 define:

“Las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995”.

Al efecto, resulta pertinente indicar que la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1995, declaró la inexecutable del citado artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, con efectos hacia futuro (*ex nunc*), es decir, que aun cuando dicha disposición normativa desapareció del ordenamiento jurídico, tal decisión de inexecutable no afectó el reajuste de las pensiones de jubilación de los servidores del sector público del orden nacional que definió tal norma, pues se trataba ya de situaciones jurídicas consolidadas que gozan de protección constitucional. Sobre el particular refirió la Corte:

“La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.”

De la norma en comento se establece que dichos reajustes pensionales fueron aplicables a los **pensionados por jubilación** del

sector público del orden nacional con anterioridad al 01 de enero de 1989.

CASO CONCRETO

Una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia al advertir que la prestación reconocida al actor, no está dentro de las que define la norma como destinatarias del reajuste pensional solicitado.

Para llegar a la anterior conclusión, se tiene que mediante Resolución No.0474 del 03 de julio de 1986 la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció al demandante ***pensión de invalidez*** a partir del 01 de mayo de 1986 (pág. 27 a 28 archivo “01. Expediente 2019-659), prestación distinta a la que define el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, como destinataria del reajuste. La disposición normativa citada regula de manera específica y clara que dicho beneficio se reconoce a las ***pensiones de jubilación*** del sector público nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 y en el caso bajo estudio la pensión que percibe el demandante no tiene la connotación de una pensión de jubilación y como consecuencia no resulta procedente ordenar el reajuste que solicita.

Tampoco le asiste razón al apoderado de la parte demandante al afirmar que los reajustes pensionales estipulados en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 no distinguen de la clase de prestación económica, lo anterior por cuanto la norma es clara en determinar que dichos reajustes solo aplican para las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 01 de enero de 1989, lo que descarta la vulneración al derecho a la igualdad.

De lo anterior resulta claro que, en la situación particular del demandante, no puede hablarse de un derecho adquirido al reajuste,

pues no cumple con las condiciones específicas señaladas en la norma y ello impide ordenar dicho beneficio. No puede desconocerse que la Corte declaró inexecutable la disposición normativa citada, lo que impide aplicar una norma en esas condiciones a un caso particular que no quedó cobijado por el efecto hacía futuro, en cuanto no se trata de una situación jurídica consolidada, de lo contrario se estaría desconociendo el precedente jurisprudencial constitucional. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en sentencias SL15775-2014, SL2627-2018 y SL4366-2019, al definir la aplicación de la norma tantas veces citada, a los pensionados del orden distrital, que tampoco fueron incluidos como destinatarios del reajuste solicitado.

Y finalmente, no son aplicables a la presente actuación las sentencias proferidas por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, en sede de tutela, citadas por el recurrente, en especial la sentencia T-030 de 2011, por cuanto tienen efectos inter partes y no erga omnes y, como se indicó, la misma Corte en sede de constitucionalidad, C-531 de 1995, y, por ende vinculante, fue la que indicó que el reajuste reclamado se aplicaba únicamente a pensiones de jubilación del orden nacional, y si bien la prestación reconocida al demandante lo fue por una entidad de ese orden, la prestación fue por invalidez y no por jubilación.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia como se anunció.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones anteriormente expuestas.

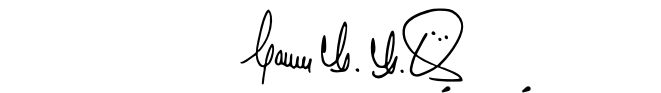
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2019-00156-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, junto con los rendimientos causados, los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a las demandadas (min. 59:22 *archivo “10. 11001310502020190015600.AUD.TRAMITE Y FALLO-03-03-22-4PM-20220303_161829-Grabación de la reunión”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARTHA GRISSEL QUINTERO MOLINA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir, se declare la validez y vigencia de la afiliación en el RPM y se ordene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada cotizante, ordenando a la AFP a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 08 de septiembre de 1963, fue afiliada inicialmente al ISS hoy Colpensiones desde el 26 de junio de 1984 hasta el 02 de junio de 1998, fecha en que se trasladó al RAIS en la AFP Porvenir; que al momento del traslado el asesor comercial de la AFP Porvenir le manifestó que el ISS iba a ser liquidado y por eso sus aportes estarían en riesgo, le dijeron que en Porvenir se podía pensionar a más temprana edad y que el monto de la pensión sería más alto al que le otorgaría el ISS; que no se le realizó proyección respecto de la liquidación de la pensión ni el capital requerido para la obtención de la pensión de vejez; que se le informó que si al llegar a la edad de pensionarse no lo quería hacer podía retirar su dinero, pero no se le indicó las desventajas y consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional, tampoco se le indicó que el plazo para retornar el RPM vencía cuando cumpliera 47 años; que la información y condiciones dadas al momento de la vinculación no son las mismas al obtener su status pensional; que el 28 de diciembre de 2018 Porvenir le informó que la pensión a los 57 años sería de \$828.116 mientras que en el RPM la pensión ascendería a la cantidad de \$3.302.593; y que el 17 y 18 de diciembre de 2018 presentó solicitud de nulidad de la afiliación ante Porvenir y Colpensiones, la cual fue negada (*pág. 3 a 30, archivo “01 2019-156 ORD-FLS. 1-136. DEMANDA Y ANEXOS”*)

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones al afirmar que conforme con las pruebas allegadas al proceso la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria,

consiente y sin presiones el formulario de afiliación a Porvenir S.A. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la afiliación en el RPM y las solicitudes presentadas, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (pág. 88 a 102, archivo “01 2019-156 ORD-FLS. 1-136. DEMANDA Y ANEXOS”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la afiliación al RAIS, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Indicó que la afiliación de la demandante fue libre y espontánea, como se observa en el respectivo formulario, el cual se presume auténtico, y además se le garantizó el derecho de retracto. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pág. 3 a 34, archivo “05 2019-156 ord-fls.144-285.Pruebas definitivas 08-02-2022”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 59:22 archivo “10.11001310502020190015600.AUD.TRAMITE Y FALLO-03-03-22-4PM-20220303_161829-Grabación de la reunión”)

El 03 de marzo de 2022, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por MARTHA GRISSEL QUINTERO MOLINA, efectuado el 02 DE JUNIO DE 1998, a PORVENIR S.A., conforme a lo considerado precedentemente.
SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES.
TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones

*a pensiones de la contadora pública MARTHA GRISSEL QUINTERO MOLINA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. **QUINTO: CONSULTAR** en caso de no ser apelada esta decisión, con el Tribunal Superior de Bogotá en tanto fue adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones de la cual es garante la Nación.”*

Para resolver el Juez indicó que conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ le corresponde a la administradora de pensiones que realice la afiliación o traslado allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados donde debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia en el derecho pensional, que la demandante en el interrogatorio nada confesó adicional a lo expresado en el libelo demandatorio y no se aportaron pruebas que permitan tener un conocimiento real si hubo asesoramiento al momento de la afiliación a Porvenir, si éste fue bueno, adecuado y completo, resultando insuficiente el formulario de afiliación, por lo que concluyó que la demandada faltó al deber de información y declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, declarando a COLPENSIONES como la aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y ordenó a Porvenir devolver los aportes girados a su favor, junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese al respectivo emisor. Indicó que no condenaba la restitución de los gastos de administración y en ellos el seguro previsional, al considerar que son gastos que están establecidos en la ley a favor de todos los administradores de pensiones respecto a sus afiliados, los mismos se causan durante el periodo en que este afiliado un trabajador a un régimen de pensiones y porque el seguro previsional cubre las

contingencias que puedan ocurrir por invalidez o muerte del afiliado y en este caso no ocurrió ninguna contingencia pero la demandante estuvo protegida durante todo el tiempo que estuvo afiliada en el fondo, por lo que no era viable emitir condena por estos conceptos; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR presentó recurso de apelación contra la totalidad del fallo. Señaló que la demandante se trasladó en el año 1998 y al momento de suscribir el formulario de afiliación de manera autónoma, independiente y sin presión alguna, como lo confesó en el interrogatorio de parte, suscribió tal formulario, por lo que a partir de ese año se surtieron los efectos de la afiliación en el RAIS, incluyendo las actuaciones que la misma demandante ha desarrollado con cotizaciones ininterrumpidas, sin mencionar inconformidad alguna durante aproximadamente 20 años; que al momento del traslado no se podía calcular la pensión que devengaría la demandante; que los beneficios dados a la demandante dependían de condiciones objetivas y subjetivas del afiliado, y atendiendo ello se le dio la respectiva asesoría, por lo que los asesores de Porvenir en ningún momento faltaron a la verdad o hubo una ausencia de información; que la demandante no es una persona iletrada, que no pudiera leer las condiciones y la aceptación al momento de suscribir el formulario de afiliación, por lo que le asistía un deber de autoinformación al momento de trasladarse al RPM, y en ningún momento presentó reclamación o queja alguna; que la inconformidad real es la diferencia en un monto pensional y que además existen actos de relacionamiento que demuestran que la demandante estaba conforme en el régimen que pertenecía, como la permanencia, recibir rendimientos, no tener quejas frente a las cuotas de administración que eran descontadas mensualmente; que no están conformes con la decisión respecto del traslado de los rendimientos por cuanto en el RPM no se generan estos rendimientos y no van directamente a financiar la prestación pensional, por lo que no sería posible trasladarlos a Colpensiones (*Min.*

01:01:19 archivo “10.11001310502020190015600.AUD.TRAMITE Y FALLO-03-03-22-4PM-20220303_161829-Grabación de la reunión”).

Igualmente, la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Señaló que de trasladarse la demandante al RPM se afecta la sostenibilidad financiera del sistema y se viola la prohibición legal la cual indica que faltando 10 años para cumplir la edad de pensión ningún afiliado se puede trasladar de régimen pensional; que Porvenir en el traslado cumplió todos los requisitos que se exigían para esa época, no se está afectando el derecho a la seguridad social y la única inconformidad de la demandante es el monto de la pensión, el cual en el RAIS depende de muchos factores; que frente a la condena en costas los dineros que maneja Colpensiones son solo para el pago de acreencias de seguridad social, que es un tercero de buena fe y no tuvo injerencia en el traslado; que si eventualmente la AFP es condenada a devolver los aportes, solicita mantener la línea de la Corte Suprema de Justicia por cuanto se deben devolver los dineros por concepto de administración y seguros ya que dejarlos en la AFP es premiar al fondo por no haber dado la información suficiente al momento del traslado (Min. 01:10:37 archivo

“10.11001310502020190015600.AUD.TRAMITE Y FALLO-03-03-22-4PM-20220303_161829-Grabación de la reunión”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE**, solicitó confirmar el fallo al afirmar que ni con las pruebas documentales aportadas en el cuerpo de la demanda, ni con los interrogatorios practicados, se demostró que la demandante recibió una completa, clara y suficiente información al momento de vinculación o traslado de régimen pensional. Por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.**, solicitó revocar el fallo aduciendo que el acto de afiliación goza de plena validez, no se cumplen los requisitos de nulidad o ineficacia y no se alegaron ni se demostraron en el proceso. En caso de considerarse que el negocio jurídico no tuvo

validez, solicitó no se ordene la devolución de los gastos de administración, porque se trata de un cobro legal que procede en ambos regímenes y porque se genera un enriquecimiento sin justa causa y además son prescriptibles.

Y finalmente, el apoderado de COLPENSIONES solicitó revocar el fallo señalando que la demandante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la afiliación no adolece de causal de nulidad, la demandante no probó los vicios del consentimiento, el regreso de la afiliada al RPM descapitaliza el sistema pensional y frente a lo reclamado ha operado el fenómeno de la prescripción.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MARTHA GRISSEL QUINTERO MOLINA** nació el 08 de septiembre de 1963 (*pág. 32 archivo “01 2019-156 ORD-FLS. 1-136. DEMANDA Y ANEXOS”*); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 26 de junio de 1984 (*pág. 58 archivo “01 2019-156 ORD-FLS. 1-136. DEMANDA Y ANEXOS”*); **iii)** y la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 02 de junio de 1998, efectivo desde el 1º de agosto de 1998, donde sigue vinculada (*Pág. 82 y 84 a 115 archivo “05 2019-156 ord-fls.144-285.Pruebas definitivas 08-02-2022”*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación y el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y condenó en costas a PORVENIR y COLPENSIONES. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** y **PORVENIR** presentaron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos Normativos sobre traslado de régimen pensional.**

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

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

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

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

“(…)

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

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

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad

social no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la **AFP PORVENIR** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle que su pensión en la AFP iba a ser más alta, que el ISS iba a entrar en liquidación y sus aportes podían estar en riesgo y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido se modificará el alcance de la condena, pues únicamente se ordenó el pago de aportes junto con sus rendimientos financieros.

También se modificará la orden de declarar como aseguradora de la demandante los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **COLPENSIONES**, en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

Además, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente

pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

Frente a la súplica de **COLPENSIONES** de revocar la condena a costas de primera instancia advierte la Sala que, si bien dicha Entidad no tuvo injerencia directa en el acto de traslado, se opuso abiertamente a las pretensiones, formuló excepciones y ejerció una defensa activa contra las suplicas de la **DEMANDANTE**, siendo vencida en juicio, por ende, no resulta desproporcionada o irrazonable la decisión del *a quo* de condenar en costas, razón por la cual esta Sala confirmará la misma. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional de Prima Media con*

Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por MARTHA GRISSEL QUINTERO MOLINA el 02 DE JUNIO DE 1998, a PORVENIR S.A., conforme a lo considerado precedentemente.”, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir de la **AFP DEMANDADA** los valores aludidos en el ordinal tercero del fallo de primera instancia, modificado por el ordinal tercero de esta providencia, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

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

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

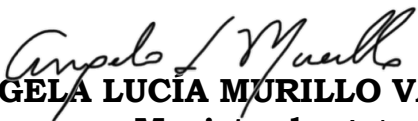
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

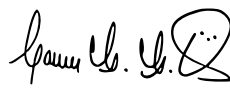
SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA GRISSEL QUINTERO MOLINA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00156 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20 2019 00485 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA contra la sentencia del 02 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra (*min 31:03, archivo “18 11001310502020190048501 Audiencia Art. 77 y 80 C.P.T y SS”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO 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 con Solidaridad, que se declare nulo el reconocimiento prestacional de la pensión de vejez o devolución de

aportes que realice o haya realizado PROTECCIÓN S.A., que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM, que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez junto con los intereses moratorios o indexación, que se condene a las demandadas a pagar la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en el hecho que nació el 22 de enero de 1954, estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el año 1990 hasta el año de 1994, que suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A., el 02 de agosto de 1994 sin recibir información técnica y adecuada; que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 20 de septiembre del 2001 sin recibir información técnica y adecuada; que suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. el 01 de septiembre del 2002 sin recibir información técnica y adecuada; que suscribió formulario de afiliación con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA S.A. el 01 de febrero de 2004 sin recibir información técnica y adecuada; que suscribió nuevamente formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. en el año 2005 sin recibir información técnica y adecuada; y que las demandadas no le explicaron las consecuencias de trasladarse, ni que el valor de la mesada pensional podría ser inferior a la que le podrían reconocer en el RPM, así mismo se omitió informar que le era aplicable el régimen de transición por acreditar 40 años de edad al 01 de abril de 1994 y que el mismo se le aplicaba hasta el 31 de diciembre de 2014, dado que acreditaba más de 750 semanas cotizadas;

Igualmente, informó que el 19 de diciembre de 2017 PROTECCIÓN S.A. le reconoció pensión de vejez; que el 21 de mayo de 2019 solicitó la nulidad de las afiliaciones ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; que mediante comunicaciones del 27 de mayo de 2019, 05 de junio de 2019, 07 de junio de 2019, 10 de junio de 2019 y 14 de junio de 2019 las entidades COLPENSIONES, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, COLFONDOS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A. dieron respuesta

negativa a la solicitud, respectivamente (*pág. 6 a 23 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de los hechos aceptó la edad del demandante, la afiliación al RPM, la solicitud de traslado presentada por el demandante y la negativa a la declaratoria de ineficacia, en lo que respecta a los demás hechos manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (*pág. 218 a 249 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a las pretensiones, de los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó 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, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por OLD MUTUAL S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago (*pág. 263 a 289 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, de los hechos aceptó la edad del demandante y su afiliación al RPM, de los demás manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica (*pág. 297 a 320, archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de los hechos aceptó la edad, el reconocimiento pensional y la solicitud de traslado al RPM presentada por el demandante, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de las AFP: 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, 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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica (*pág. 382 a 429, archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones, de los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle; en su defensa propuso las excepciones que denominó 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, ratificación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (*pág. 528 a 558, archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, de los hechos aceptó la edad del demandante, la solicitud de ineficacia presentada por el demandante y la negativa a la misma, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (*pág. 4 a 33, archivo “08 2019-485 fl 593 contestación porvenir”*).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROTECCIÓN S.A. propuso demanda de reconvención en contra de **GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA** solicitando se declare que le reconoció

pensión de vejez en cuantía de \$3.033.227 a partir del 16 de enero de 2017, que si se llegase a condenar por ineficacia del traslado se ordene al demandante a reintegrar los valores pagados por concepto de mesadas pensionales con la rentabilidad que estas hubieren generado de haber permanecido en PROTECCIÓN S.A., indexación y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en el hecho que el demandante para el 16 de enero de 2017 solicitó pensión de vejez, que GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA autorizó los trámites para la redención del bono pensional, que le reconoció al actor la pensión de vejez a partir del 16 de enero de 2017 y que GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA escogió la modalidad de pensión de ahorro programado (*pág. 378 a 381 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos, en su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación demandada, petición antes de tiempo, improcedencia de la pretensión de la suspensión del pago de la mesada pensional, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 2 a 20 archivo “05 2019- 485 FL. 589 contestación reconvención”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de noviembre de 2021, profirió fallo al siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y la NACION –MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones incoadas por el señor GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia. **TERCERO:** De ser o no apelada la presente decisión remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en

su integridad surta a través del grado Jurisdiccional de Consulta, lo anterior teniendo en cuenta que fue completamente adversa a las pretensiones del trabajador afiliado demandante (31:14, archivo 18 11001310502020190048501 Audiencia Art. 77 y 80 C.P.T y SS)”.

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual realizado por el demandante, la restitución a COLPENSIONES de las cotizaciones por concepto de pensiones obligatorias con sus rendimientos financieros y los bonos pensionales, la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez, perjuicios morales y si el demandante debe reintegrar los dineros entregados por concepto de mesadas pensionales, debidamente indexados (17:25 archivo 17 11001310502020190048501. Audiencia Art. 77 y 80 C.P.T y SS).

Para resolver, el Juzgado indicó que el demandante disfruta de una pensión de vejez desde el año 2018, retroactivo desde el año 2017 en la modalidad de retiro programado a cargo de PROTECCIÓN S.A., que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 de 2021 ha establecido que tratándose de pensionados por el RAIS no es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y que por ende al encontrarse pensionado no es dable aplicar la ineficacia del traslado de régimen pensional; que el pensionado puede reclamar la reparación de perjuicios siempre y cuando hayan sido probados en el proceso y se hayan solicitado. Que para el caso objeto de estudio, el demandante pretende la ineficacia de la afiliación, el regreso al RPM y el pago de perjuicios morales por la suma de 200 salarios mínimos.

Respecto de los perjuicios morales pretendidos por el demandante, señaló que en el proceso no se allegó prueba que acreditaran los mismos para su reconocimiento, por lo que resolvió absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA, interpuso

recurso de apelación con el fin de que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia.

Para sustentar el recurso, aduce que la providencia en la que se fundamentó el *a quo* es nueva y no estaba vigente para la época para la cual el demandante interpuso la demanda; que para dicha data estaba vigente una línea jurisprudencial reiterada que permitía la ineficacia de los pensionados ya que en dichos casos lo que se revisaba era que al momento del traslado se les hubiere suministrado una información, clara, completa, oportuna veraz y transparente y que esa información es el parámetro rector de este tipo de procesos; argumentó que dicha información estaba en cabeza de las administradora de fondos de pensiones privadas y que debían cumplir con la misma so pena de que se declarará la ineficacia y que dicho criterio fue reiterado en sentencias SL 31989, SL 3058 de 2019 SL 4343 de 2019 4933 de 2910 entre otras.

Señaló que en la sentencia SL373 de 2021 se estudiaba un caso particular y que eso no ocurre en el caso del demandante; que no se puede aplicar de manera automática una jurisprudencia y una norma, sino que es necesario revisar cada circunstancia particular y que el *a quo* omite todo el acervo probatorio sobre el caso particular, destacando la postura tomada por el Tribunal Superior de Cali, la cual se apartó de la línea señalada por el Juzgado, con argumentaciones lógicas y atendiendo al caso particular, el cual se asemeja al caso del demandante, que en dicha providencia se indicó que acogerse sin más a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de alguna manera vulnera los principios de congruencia y consonancia, que en la última sentencia de la Corte Suprema de Justicia se establece la posibilidad de acceder a la indemnización de perjuicios pero se establece un término de prescripción de 3 años a partir del reconocimiento pensional y que el demandante obtuvo el reconocimiento pensional en el 2018 con efectos retroactivos desde 2017 e inmediatamente demandó por su inconformidad por falta de información y que en el trascurso del proceso han pasado más de 3 años y entonces el derecho pensional del demandante se queda sin un mecanismo de protección, que en dicha sentencia se habla de que ese traslado o devolución de un pensionado puede generar una afectación del sistema pensional, pero que en el presente proceso no se acredita de qué

manera se afecta ese sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de COLPENSIONES substituyó poder a la Doctora SONIA LORENA RIVEROS VALDES, identificada con CC 1.105.681.100 y T.P 255.514 del C.S.J. a quien se le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia, en su escrito de alegatos solicita se confirme la decisión de primera instancia; el apoderado principal del demandante presentó sus alegatos de conclusión solicitando se revoque en su integridad el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, la doctora ANGÉLICA MARIA CURE MUÑOZ, identificada con CC 1.140.887.921 y T.P. 369.821 del C.S.J., allegó certificado de existencia y representación legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., que es a su vez la apoderada principal de PORVENIR S.A., donde aparece como representante judicial de dicha firma, por lo que le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia en representación de PORVENIR S.A. Y en el escrito de alegatos solicitó se confirme en su totalidad el fallo de primera instancia. Finalmente, los apoderados de SKANDIA S.A. y la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en sus alegatos también solicitaron se confirme el fallo de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si es procedente estudiar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de una persona que ostenta la calidad de

pensionada en el RAIS y si dentro del proceso se demostraron perjuicios a cargo de las AFP demandadas conforme los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que GUILLERMO ARISTIZABAL MEJIA nació el 22 de enero de 1954 (*pág. 137, archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **ii)** que el demandante suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A. el 02 de agosto de 1994 (*pág. 140, archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **iii)** que el demandante suscribió formulario de afiliación con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 20 de septiembre de 2001 (*pág. 141, archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **iv)** que el demandante suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A., el 01 de septiembre de 2002 (*pág. 142 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **v)** que el demandante suscribió formulario de afiliación con SKANDIA S.A el 01 de febrero de 2004 (*pág. 143 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **vi)** que el demandante acredita 1147,29 semanas cotizadas al 10 de septiembre de 2018 (*pág. 144 a 150 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **vii)** que el demandante suscribió formulario de afiliación y reasesoria con PROTECCIÓN S.A., el 02 de diciembre de 2005 (*pág. 496 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **viii)** que el demandante estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones entre el 08 de octubre de 1990 al 31 de agosto de 1994 cotizando un total de 170,14 semanas (*pág. 151 a 154 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **ix)** que el demandante solicitó a PROTECCIÓN S.A., pensión de vejez el 16 de enero de 2017 (*pág. 157 a 159 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **x)** que el demandante se encuentra pensionado por PROTECCIÓN S.A. mediante oficio del 19 de diciembre de 2017 en cuantía de \$2.2252.793 a partir del 16 de enero de 2017 (*pág. 155 y 156 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **xi)** que el demandante mediante radicado del 21 de mayo de 2019 solicitó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (*pág. 160 a 184 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”*); **xii)** que COLPENSIONES mediante oficio del 27 de mayo de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (*pág. 185 a 187 archivo “01*

2019-485 FL 559.pdf”); **xiii)** que el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO mediante oficio del 05 de junio de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (pág. 188 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”); **xiv)** que COLFONDOS S.A mediante oficio del 07 de julio de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (pág. 190 a 191 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”); **xv)** que OLD MUTUAL mediante oficio del 10 de junio de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (pág. 192 a 193 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”); **xvi)** y que PORVENIR S.A mediante oficio del 14 de junio de 2019 negó al demandante el traslado de régimen pensional (pág. 196 a 198 archivo “01 2019-485 FL 559.pdf”).

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante atendiendo los siguientes supuestos normativos y jurisprudenciales:

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional**

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, fijó como obligación a cargo de las entidades financieras, el 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 con el fin de garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

“(…)

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
		<i>regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en lo que respecta a 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 radicados número 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, señaló, que el libre albedrio exigido por el Sistema de Seguridad Social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También ha indicado 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 SL 1688 de 2019.

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

pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (Sentencia SL 2279-2021).

Y en la Sentencia SL3464-2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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.

Además de lo anterior, la Sala considera pertinente señalar que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado. En la Sentencia SL-17595 de 2015, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó de forma expresa que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, extremo límite que a juicio de esta Corporación permite inferir de forma razonable que una vez consolidado el estado pensional, cesa la posibilidad para alegar la falta de información, por cuanto la

decisión de solicitar el disfrute de la prestación económica y su posterior reconocimiento constituyen un acto de ratificación de la voluntad de configurar el derecho pensional conforme las características del RAIS.

Esa misma Corporación, en sentencias SL-373-2021, SL-3707-2021 y SL-3611-2021, ratificó la posición anterior y agregó que en estos casos no se trata solamente de revertir el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

- CASO CONCRETO

Conforme a la jurisprudencia reseñada, en el caso bajo estudio correspondía a COLFONDOS S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con el demandante, cumplieron de forma oportuna con su obligación de información, siendo a su cargo la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó 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 y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en el RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en el RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP por

cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, el demandante allegó copia de los formularios de afiliación que suscribió con COLFONDOS S.A. el 02 de agosto de 1994 (*pág. 140 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*), HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 20 de septiembre de 2001 (*pág. 141 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*), PROTECCIÓN S.A. el 1° de septiembre de 2002 (*pág. 142 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*) y SKANDIA S.A. el 1° de febrero de 2004 (*pág. 143 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*), así mismo, la demandada PROTECCIÓN S.A. allegó con la contestación de la demanda formulario de afiliación y reasesoria de fecha 02 de diciembre de 2005 (*pág. 496 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*); si bien dichos formularios relacionan una manifestación de consentimiento libre e informado, dicha manifestación es genérica, por lo que no se pueden tener como pruebas contundentes de que se brindaron los suficientes elementos de juicio para que el demandante emitiera una decisión consciente y debidamente informada.

Al valorar el interrogatorio de parte rendido por el demandante no se obtiene confesión alguna en la cual manifieste que fue asesorado por las AFP demandadas, por el contrario, se ratificó en decir que nunca le informaron la forma en que se liquidaba el valor de la mesada pensional ni los requisitos que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, que si bien se trasladó de forma libre y voluntaria la misma no fue de manera informada, que en todos los casos que en que realizó los traslados lo hizo porque asesores de las AFP demandadas le planteaban la posibilidad de trasladarse, si bien en dicho interrogatorio el demandante entiende que es una cuenta individual y que realizó aportes voluntarios ello no significa que las AFP hayan cumplido con su deber de información por cuanto no le explicaron las formas en que se liquidaba su mesada pensional en el RAIS y su posible diferencia con la que podría obtener en el RPM (*min. 41:05 archivo 17 11001310502020190048501 Audiencia Art. 77 y 80 C.P.T y SS*).

A pesar de que las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento de la obligación de información y asesoría al momento del traslado de

régimen pensional, no puede el Tribunal pasar por alto que el demandante **se encuentra pensionado** por PROTECCIÓN S.A. según oficio del 19 de diciembre de 2017 en cuantía de \$2.2252.793 a partir del 16 de enero de 2017 (*pág. 155 a 156 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*). El demandante al haber solicitado el reconocimiento de su pensión de vejez a la AFP PROTECCIÓN S.A., ésta le realizó una reasesoría sobre las formas de pensión, liquidación, negociación del bono pensional y modalidades de pensión, sin que durante dicho trámite el demandante presentara su deseo de retornar al RPM, por lo cual debe entenderse que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS y adquirir su pensión en dicho régimen.

Adicionalmente, la Sala recuerda que no es dable equiparar las condiciones de afiliado y pensionado. Al respecto, en la Sentencia C-841 de 2003, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, norma que sólo permite a los afiliados el traslado de AFP y no a los pensionados, por cuanto consideró que permitir dicha movilidad a estos últimos afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por el incremento de gastos administrativos y el desincentivo de inversiones a largo plazo que quedaría sometidas a que el pensionado no decida trasladarse.

Esta Sala concluye que es constitucionalmente válido limitar el traslado de pensionados entre AFP, con mayor razón debe restringirse el traslado de régimen pensional de los mismos, incluso sí no se acredita que al momento del traslado las AFP demandadas hubieran cumplido con su deber de información, toda vez que el reconocimiento de la pensión es un acto que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, sumado al hecho que permitir el cambio de régimen de los pensionados desconocería el principio de exclusividad de los regímenes, a la vez que conllevaría a afectar a terceros de buena fe, como lo es el caso de las compañías aseguradoras que emiten las pólizas de renta vitalicia y los terceros que adquirieron en el mercado de valores el bono pensional que fue negociado de forma anticipada, entre otros muchos, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones sobre la materia.

Bajo este escenario y dado que el demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, para el 16 de enero de 2017 (*pág. 157 a 159 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*), trámite durante el cual no manifestó ninguna oposición o deseo alguno de trasladarse al RPM, por el contrario, como puede verse en el oficio de fecha 19 de diciembre de 2017 (*pág. 155 a 156 archivo "01 2019-485 FL 559.pdf"*), la AFP PROTECCIÓN S.A. reconoció la pensión de vejez al demandante dando cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que definió que no se cumplen los presupuestos normativos para declarar la ineficacia del traslado del demandante, quien ostenta la condición de pensionado.

Tampoco le asiste razón a la apoderada del demandante, respecto a que el *a quo* aplicó de manera automática la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, lo anterior por cuanto si bien la normatividad se debe aplicar a cada caso en concreto, el precedente jurisprudencial es claro en establecer que el traslado no procede a quienes ostentan la calidad de pensionado debido a las consecuencias negativas que traería retrotraer ese status. Y, a pesar de que la parte demandante aduce como precedente una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, debe decirse que cada Corporación es independiente al tomar sus decisiones, siendo vinculante las que al respecto adopte el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, y esta Sala se acoge al criterio vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-373-2021, SL-3707-2021 y SL-3611-2021.

Y finalmente, frente a los perjuicios morales, la Corte Suprema de Justicia los ha definido como aquellos que lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir (CSJ SL radicado 39631 de 2012) y a pesar de que su tasación se hace al «*arbitrium judicis*», debe existir un esfuerzo demostrativo por parte de quien reclama su reconocimiento, situación que se no se acreditó en el presente caso, aspecto suficiente para confirmar en su totalidad la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá a remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2019-00457-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el **DEMANDANTE** contra la sentencia del 12 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral e inexistencia del contrato de trabajo, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante (*min. 36:00 cd fl. 373*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fls. 211 a 233).**

JOSE MARIA REMOLINA SANDOVAL solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1° de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, que se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indemnización por terminación del contrato, indexación, pago de aportes a seguridad social, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue elegido administrador del conjunto residencial, vinculado mediante contrato de prestación de

servicios suscrito el 30 de noviembre de 2012, vigente desde el 1° de diciembre de la misma anualidad hasta el 31 de marzo de 2013; que la asamblea general de copropietarios lo eligió como representante legal y administrador para el periodo comprendido desde el 1 de abril de 2013 hasta el 31 de marzo de 2014; posteriormente, el mismo órgano lo reeligió un periodo similar hasta el 31 de marzo de 2018; que el Consejo de Administración el 4 de diciembre de 2017, modificó el contrato, renovado automáticamente en su momento y registró como periodo laboral el comprendido entre el 1° de abril de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018; que realizó sus funciones de manera personal e ininterrumpida, bajo la continuada subordinación del consejo de administración, cumpliendo un horario de lunes a sábado de 7:30 a.m. a 4:00 p.m.; que devengó como último salario \$4.850.078; que el 31 de diciembre de 2018 la demandada decidió unilateralmente dar por terminado el contrato y en esta fecha se formalizó la entrega del cargo.

Afirmó que durante la vigencia del contrato siempre recibió órdenes e instrucciones impartidas por el consejo de administración, no laboró para ninguna otra entidad, no le fueron canceladas prestaciones sociales, vacaciones, ni aportes a seguridad social; que en ejecución de sus funciones adelantó trámites ante el Jardín Botánico, la Secretaría de Ambiente, Inspección de Policía, Alcaldía Local; que debía supervisar las obras que se ejecutaban al interior de la copropiedad y los cambios en las compañías de vigilancia; en aquellos casos que le fueron prescritas incapacidades que el Conjunto demandado le solicitaba enviar las mismas por correo electrónico; y que el consejo de administración le exigía asistir a todas las reuniones, presentar los informes y que no podía delegar.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 245 a 257).**

El **CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUE CENTRAL BAVARIA MANZANA 6 ETAPAS I Y II – P.H.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la elección del demandante como administrador, la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, las reelecciones sucesivas, el lugar donde prestaba el servicio y la terminación del vínculo. Propuso como mecanismo de defensa las

excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación laboral, ausencia de requisitos para solicitar la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas y ausencia de buena fe en el demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA **(min. 36:00 cd fl. 373)**

El 12 de febrero de 2021, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral e inexistencia del contrato de trabajo, propuesta por la parte demandada. **SEGUNDO: ABSOLVER** al conjunto residencial Parque Central Bavaria Manzana 6 etapa 1 y 2 P.H. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor José María Remolina Sandoval. **TERCERA: CONDENAR** en costas al demandante, las cuales serán liquidadas por secretaria para su liquidación se incluirán como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de la parte demandada. **CUARTO:** En caso de no ser apelada esta decisión, consúltese con el superior por ser adversa a los intereses del demandante. (...)”.*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido y consecuentemente si al demandante le existía el derecho al pago de las acreencias laborales e indemnizaciones propias de una relación laboral como lo reclama en la demanda.

Para resolver indicó que el demandante ejecutó sus funciones de manera autónoma e independiente, sin sujeción a horario. Concluyó que ninguno de los medios de convicción conduce a establecer que a su cargo estaban tareas diferentes a las propias del representante legal, tampoco que el Consejo de Administración haya ejercido subordinación o impartidos órdenes, más allá de la coordinación propia de actividades para el cumplimiento de los reglamentos de propiedad horizontal, por lo cual se logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST, declarando probada las excepciones y absolviendo a la demandada de todas las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria de la sentencia para que, en su lugar, se accedan a todas las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, pues se demostró que prestó de manera personal servicios en la oficina que le fue asignada, donde debía atender a los residentes de la copropiedad en los horarios en que se fijaban las citas, que no era autónomo en la ejecución de sus funciones y debía asistir a las reuniones convocadas por el consejo de administración, como consta en las actas correspondientes, de lo cual se extrae que le era impuesto un horario de trabajo, que dependía y recibía ordenes de los miembros del consejo de administración; que desempeñó funciones no previstas en la Ley 675 de 2001; que la demandada no probó con documentos cuál era la función de la oficina donde se encontraba la secretaria de la copropiedad, por lo que conforme con las pruebas aportadas al plenario se demostraron los 3 elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia reafirmando los argumentos expuestos en el recurso de apelación (*fls. 281 a 290*). Agotado el término, no hubo pronunciamiento de la parte **DEMANDADA**.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede declarar la existencia de un contrato de trabajo del demandante con la demandada y en caso afirmativo establecer sus

extremos temporales, salario y procedibilidad o no de condenar al pago de las acreencias e indemnizaciones laborales reclamadas, de conformidad con 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)** el 30 de noviembre de 2012 las partes suscribieron contrato de prestación de servicios a fin de que el demandante asumiera como administrador de la propiedad horizontal (*fls. 26 a 28*); **ii)** y mediante acta 210-2018 del 5 de diciembre de 2018, el Consejo de Administración de la demandada terminó el contrato de administración al demandante (*fls. 194 y 195*).

- Acerca del principio de prevalencia 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 del 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 del 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.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. 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, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, 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, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

- Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajo¹, exhorta a los Estados a *“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”*. Además, que la existencia de una relación de trabajo *“debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”*, con la posibilidad de que los estados:

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021, SL3436 de 2021, entre otras, ha reiterado que solo algunos de los *indicios* o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, entre otros, que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020), la exclusividad (SL460 de 2021), la disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019), la concesión de vacaciones (SL6621 de 2017), aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015), cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019), el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019) y la terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral e inexistencia del contrato de

trabajo, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte **DEMANDANTE**, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral implica que una vez reunidos los tres elementos esenciales del contrato de trabajo se configure el mismo, independientemente del nombre que le hubieran asignado las partes; así mismo, cuando se acredita por el demandante que prestó personalmente su servicio se activa la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 24 CST, caso en el cual la parte pasiva deberá desvirtuarla demostrando que no existió subordinación laboral al haber sido prestado el servicio de forma autónoma e independiente.

Así las cosas, en el presente asunto se acreditó que el 30 de noviembre de 2012, las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios, por el cual el demandante asumió como administrador de la propiedad horizontal (fls. 26 a 28), así mismo, que por acta 210-2018 del 5 de diciembre de 2018, el Consejo de Administración de la demandada terminó el contrato de administración a JOSE MARIA REMOLINA SANDOVAL (fls. 194 y 195), vínculo contractual que se mantuvo desde el 1° de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, extremos temporales que aceptó la demandada al contestar el hecho 8° de la demanda.

Los anteriores elementos de prueba demuestran que el demandante prestó personalmente su servicio para la demandada entre el 1° de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2018, lo cual activa la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 22 del CST.

Corresponde a la demandada desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, quien indicó que el demandante como administrador asumió las obligaciones legales de dicha figura contempladas en la Ley 675 de 2001, norma que impone le impone funciones y determina cómo se ejerce dicho cargo. El artículo 50 de la precitada norma consagró que el administrador es nombrado por el

consejo de administración, tal y como ocurrió en el presente caso mediante el contrato de prestación de servicios firmado el 30 de noviembre de 2012 (fls. 26 a 28); de igual manera, el artículo 39 *ibidem* señaló que la asamblea general de copropietarios se reúne por convocatoria del administrador y que sus decisiones son consignadas en un acta que elaborar el administrador conforme el artículo 47, lo que permite inferir razonablemente la necesidad de su comparecencia. Por su parte, el artículo 51 estableció de forma expresa las funciones del administrador, de las que se destaca llevar y publicar las actas de asamblea, preparar y poner en consideración del Consejo de Administración las cuentas anuales, el presupuesto, balance general y su ejecución, llevar la contabilidad, administrar los bienes de la PH, cuidar y vigilar los bienes comunes, cobrar cuotas y cualquier obligación a cargo de propietarios, ejercer la representación judicial y extrajudicial de la PH, las funciones previstas en el reglamento de propiedad horizontal, así como las que defina la asamblea general de propietarios, entre otras.

La demandada manifestó que la vinculación del demandado inició con el contrato de prestación de servicios del 30 de noviembre de 2012 (fls. 26 a 28), que, pese a vencer a los 4 meses, fue prorrogado en diferentes oportunidades, por lo que el demandante continuó en el cargo administrador, asumiendo el cumplimiento de las funciones legales sin que ello se equipare a que la asamblea general de copropietarios o el consejo de administración le impartieran órdenes.

Es así como los testigos Aristides Ramos Peñuela (*min. 01:17:11 cd fl. 373, archivo CONEXIÓN AUDIENCIA 2019-457 PARTE I*), José Victor González Aguirre (*min. 00:18:37 cd fl. 373, archivo CONEXIÓN AUDIENCIA 2019-457 PARTE II*) y Ricardo Becerra Prieto (*min. 00:47:11 cd fl. 373, archivo CONEXIÓN AUDIENCIA 2019-457 PARTE II*) son coincidentes en afirmar que el demandante no tenía un horario establecido, era autónomo en el cumplimiento de funciones, era quien programaba las reuniones del consejo de administración y allí era donde presentada sus informes, lo cual confirmó el demandante cuando confesó en su interrogatorio que iba al Conjunto todos los días pero que el horario de entrada y de salida nadie se lo controlaba, que no le hicieron ningún llamado de atención, era quien convocaba y asistía a las reuniones y no tenía cláusula de exclusividad

(*min. 00:28:33 cd fl. 373, archivo CONEXIÓN AUDIENCIA 2019-457 PARTE I*). Si bien el demandante dijo que el cumplimiento del horario se lo exigían los miembros del consejo de administración y que presentaba permisos, no hay medio de persuasión que acredite que dichas circunstancias se hayan presentado, aspecto que se desvirtúa con las declaraciones de los testigos. Y de la declaración rendida por Ofelia Corzo Pinilla, representante legal del Conjunto demandado, no se desprende ninguna confesión en favor del demandante (*min. 01:17:11 cd fl. 373, archivo CONEXIÓN AUDIENCIA 2019-457 PARTE I*).

Ahora, conforme con las actas del Consejo de Administración del conjunto demandado (*fls. 44 a 195*), se establece que las citaciones a reunión, la asistencia al conjunto residencial, la asistencia a las reuniones, las instrucciones y las observaciones que se presentaron por la gestión adelantada por el demandante son propias del ejercicio profesional como administrador del conjunto residencial, aspecto que confirma que el demandante tenía autonomía para establecer el modo y tiempos necesarios para cumplir con esas funciones.

Llama la atención de la Sala que el propio demandante confesó que su labor era cumplir las funciones señaladas en la Ley 675 de 2001, por lo que desarrollaba los proyectos y actividades que en las asambleas se aprobaban y el consejo autorizaba, lo que permite inferir de forma razonable que dicho consejo no le impuso el cumplimiento de tareas ajenas a las que la misma Ley ya impone a la figura del administrador, razón por la que los requerimientos, solicitudes de información y demás comunicaciones que intercambió dicho consejo con el demandante no son subordinación sino la vigilancia del cumplimiento de deberes directamente consagrados en la normatividad.

Se resalta que JOSE MARIA REMOLINA SANDOVAL en su interrogatorio informó que asistía a diligencias ante los juzgados, asistía a las demandas que la copropiedad instauraba o de terceros, asistía a querellas, a las inspecciones de policía por quejas de los copropietarios y en conciliaciones, actividades que no permiten inferir subordinación alguna o que correspondan a labores propias de un contrato de trabajo. Al contrario, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 675 de 2001, estas

actividades eran de su entera responsabilidad pues tenía la calidad de representante legal del Conjunto demandado.

En cuanto a que la asignación de una oficina por parte del Conjunto Residencial es demostrativa de que el demandante no tenía autonomía para atender a los residentes de la copropiedad y sugestiva del cumplimiento de un horario, para la Sala esas circunstancias no tienen la condición de transformar el contrato de prestación de servicios suscrito por el demandante en uno de índole laboral, en la medida en que ese sitio lo que permite es facilitar la gestión de la administración del conjunto. A modo de ejemplo, la atención a los residentes por parte del demandante era programada por una secretaria que estaba allí de forma constante, y no se probó la existencia de una orden para que el administrador se presentara o estuviera a diario en ese lugar y, se reitera, tampoco se demostró la imposición de un horario para el cumplimiento de su ejercicio como administrador.

De suerte que no se estructuraron indicios suficientes, en la forma señalada jurisprudencialmente, que permitan descubrir una relación contractual diferente a la que existió entre las partes.

Por las anteriores consideraciones, concluye esta Sala que la demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, motivo por el cual confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

Sin costas en esta instancia.

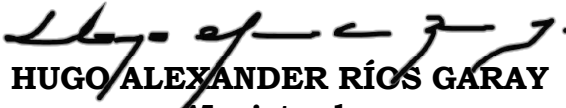
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

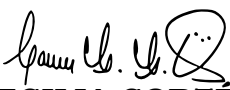
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2020-00402-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de ELIZABETH TRIANA por la sentencia del 08 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada las excepción de inexistencia del derecho reclamado, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante en cuantía de \$300.000 (*min. 40:30 archivo "14Audiencia08Marzo2022"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ELIZABETH TRIANA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que cotizó mas de 2.105 semanas, que tiene derecho a la reliquidación de su pension de vejez con una tasa de remplazo del 80%, que se declare que la primera mesada pensional a fecha 1° de junio de 2019 asciende a la suma de \$ 3.694.158, que se condene a COLPENSIONES a pagar el retroactivo

pensional de las diferencias a partir del 01 de junio de 2019, intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que nació en fecha 24 de mayo de 1961, que efectuó cotizaciones a pension desde el 18 de noviembre de 1977, que al 01 de abril de 1994 acreditaba 5.657 días equivalentes a 808.14 semanas, que realizó cotizaciones hasta el 31 de mayo de 2019, que cotizó un total de 14.736 días o 2.105 semanas, que Colpensiones le reconoció pension de vejez a través de la Resolución SUB 193803 de fecha 23 de julio de 2019 con una tasa de remplazo del 77.71%, decisión contra la cual presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, y Colpensiones mediante Resolución SUB 21381 de fecha 25 de enero de 2020 los rechazó por extemporáneos; que al haber cotizado mas de 2.105 semanas su incremento pensional ha debido ser del 24% adicional (*pág. 3 a 11 archivo "04. SubsanacionDemanda"*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, los periodos cotizados, el reconocimiento de la pension de vejez, los recursos presentados por la demandante y la expedición de la Resolución SUB 21381 de fecha 25 de enero de 2020 por medio de la cual se rechazaron los recursos por extemporáneos, de los demás hechos manifestó no ser ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público,

y la innominada o genérica (pág. 3 a 20 archivo “09ContestacionDeColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 40:30 archivo “14Audiencia08Marzo2022”)

El 08 de marzo de 2022 el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO:** declarar probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado por las razones expuestas en esta decisión. **SEGUNDO:** Negar las pretensiones de la señora ELIZABETH TRIANA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. **TERCERO:** Condenar en costas de esta instancia, estarán a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000. **CUARTO:** De no ser apelada esta decisión, consúltese con el superior por ser adversa a los intereses de la demandante (...)

El Juzgado fijó como problema jurídico establecer si la señora Elizabeth Triana tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES le reconozca la reliquidación de la pensión de vejez, calculándose una tasa de remplazo equivalente al 80% del promedio salarial de los últimos 10 años, teniendo en cuenta que cotizó al sistema un total de 2.105 semanas; de salir avante lo anterior, determinar si tiene derecho a la indexación de la primera mesada pensional a partir del 1° de junio de 2019, intereses moratorios y si hay lugar a ultra y extra petita.

Para resolver, indicó que la demandante causó su derecho pensional posterior al año 2004, que para obtener la tasa de remplazo se debe dar aplicación a los incisos 3° y siguientes del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que la demandante cotizo un total de 2.105 semanas y por tanto cuenta con 800 semanas adicionales para incrementar la tasa de

reemplazo, es así que 1.5% entre 800 es igual al 24% que deberá sumarse al porcentaje inicial arrojando una tasa de reemplazo del 86.7% superior al 80%, que en estos eventos la normativa contempló un monto entre el 80% y el 70.5% en forma decreciente.

Sin embargo, concluyó que a mayor ingreso base de liquidación menos posibilidades de llegar al 80% y que la demandante al superar el 80% el sistema pensional empieza a decrecer en 1.5% hasta llegar a 1.800 semanas, que al haber acumulado la demandante un total de 2.105 semanas estas empezaran a decrecer hasta las 1.800 semanas en función del salario mínimo, que al decrecer hasta las 1.800 semanas se obtiene una tasa de reemplazo del 77.7% y que bajo estos derroteros las pretensiones no están llamadas a prosperar, por cuanto no se encuentra desatino alguno en la aplicación de la fórmula para calcular la mesada pensional.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia es adversa a las pretensiones de la demandante procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, **COLPENSIONES** allegó escrito de alegaciones sin que la abogada que suscribe la comunicación acredite la calidad de representación del fondo de pensiones, por lo que no se tendrá en cuenta. La parte demandante guardó silencio.

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 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de la mesada pensional con una tasa de remplazo del 80% del Ingreso Base de Liquidación y si como consecuencia de ello se debe condenar a la demandada al pago del retroactivo pensional de las diferencias, intereses moratorios, indexación y costas procesales conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante nació en fecha 24 de mayo de 1961 (*pág. 14 archivo “01.DemandayAnexos”*); **ii)** COLPENSIONES mediante Resolución SUB 193803 de fecha 23 de julio de 2019 reconoció pension de vejez a la demandante en cuantía de \$3.588.412 a partir del 1° de junio de 2019 con una tasa de remplazo del 77.71% (*pág. 21 a 34 archivo 01.DemandayAnexos.pdf*); **iii)** la demandante mediante radicado 2019-_13920622 de fecha 15 de octubre de 2019, presentó recurso de reposición en subsidio de apelación contra dicho acto administrativo (*pág. 35 a 40 archivo “01.DemandayAnexos”*); **iv)** COLPENSIONES mediante Resolución SUB 21381 de fecha 25 de enero de 2020 rechazó por extemporáneos los recursos y negó la reliquidación (*pág. 42 a 58 archivo “01.DemandayAnexos”*); **v)** ELIZABETH TRIANA interpuso recurso de queja mediante radicado 2020_1626288 de fecha 05 de febrero de 2020 (*pág. 59 a 63 archivo 01.DemandayAnexos*); **vi)** COLPENSIONES mediante Resolución DPE 4383 de fecha 17 de marzo de 2020, confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 21381 de fecha 25 de enero de 2020 (*pág. 635 a 644 archivo “09ConstestacionDeColpensiones”*); **vii)** y la demandante acredita 2.105,14 semanas cotizadas (*pág. 21 a 35. archivo “09ContestacionDeColpensiones”*).

Lo que se discute en el presente proceso es la tasa de remplazo ya que el Ingreso Base de Liquidación no fue objeto de reproche por parte de la demandante.

Así, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la tasa de remplazo conforme la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala advierte que las normas que se aplican en materia pensional a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema.

Para el caso de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para quienes adquieran el status pensional con posterioridad al año 2005 es el inciso final del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, que establece que por cada 50 semanas adicionales se incrementara la tasa de remplazo en un 1.5% sin que dicha tasa pueda superar el 80%. Igualmente, el artículo 34 ibídem establece para calcular el valor de la mesada pensional una formula decreciente, es decir, que a mayor ingreso base de liquidación menor tasa de remplazo, lo anterior según la formula $r = 65.50 - 0.50 (S)$.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio no hay controversia de que la demandante nació en fecha 24 de mayo de 1961 (*pág. 14 archivo 01.DemandayAnexos.pdf*), por lo cual cumplió sus 57 años de edad el mismo día y mes del año 2018, que la demandante cotizó un total de 2.105,14 semanas en toda su vida laboral y su última cotización la realizó en el periodo 2019/05 (*pág. 21 a 35 archivo*

“09ContestacionDeColpensiones.pdf”), que se reconoció la pensión de vejez bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 a partir del 1° de junio de 2019, y que para calcular la mesada pensional se tuvo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$4.617.697. Al no estar en discusión estos aspectos, procede la Sala a determinar la tasa de remplazo de la demandante conforme la fórmula del artículo 34 de la Ley 100 de 1993;

$$R= 65.5 \times 0.5$$

$$R= \text{IBL } \$4.617.697 / \$ 828.116 \text{ (salario mínimo legal)} = 5,57$$

$$R= 5.57 \times 0.5 = 2.79$$

$$65.5 - 2.79 = 62.71$$

De la fórmula aplicada se obtiene una tasa de remplazo inicial del 62.71%. Teniendo en cuenta que la DEMANDANTE acredita 2.105 semanas cotizadas y que el requisito mínimo es de 1.300 semanas, es claro que ostenta un total de 805 semanas adicionales, razón por la cual al multiplicar 1.5 por cada una de las 50 semanas adicionales, que en este caso son 16, nos arroja un porcentaje del 24%, por lo que genera una tasa de remplazo equivalente al 86.71%.

Sin embargo, el inciso final del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 establece que la tasa de remplazo no podrá superar el 80%, por lo que bajo este análisis la DEMANDANTE si tiene derecho a que se le aplique el porcentaje máximo del 80% del ingreso base de liquidación para calcular su mesada pensional.

Si bien la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 es decreciente, esto solo aplica para tomar el porcentaje inicial conforme al número de salarios, contrario al análisis efectuado por el juzgador de instancia. Se aclara que ni la ley ni la jurisprudencia ofrecen una interpretación restrictiva donde solo se puedan tener 500 semanas

adicionales a las 1.300 semanas para efectos de llegar al 80% de tasa de remplazo, más aún cuando el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, permite tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenará a COLPENSIONES a reliquidar la pensión otorgada a ELIZABETH TRIANA con una tasa de remplazo del 80%, quedando la mesada pensional para el año 2019 en la suma de \$3.694.158, y a pagar el retroactivo de las diferencias que se generen.

- Sobre la excepción de prescripción

Para resolver este aspecto, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS 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 han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez (o reliquidaciones como es el caso) esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que la demandante solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión de vejez dentro de los tres años siguientes al reconocimiento de la pensión, y mediante Resolución SUB 21381 del 25 de enero de 2020, COLPENSIONES negó tal solicitud, acto administrativo notificado el 31 de enero de 2020 (*pág. 23, archivo "04SubsanaciónDemanda"*). Como la demanda se presentó el 06 de noviembre de 2020 (*archivo "02ActadeRepartoSecuencia12961"*), concluye la Sala que no operó la excepción propuesta por la parte demandada, motivo por el cual se declarará no probada dicha excepción.

Se declararán no probadas las demás excepciones propuestas atendiendo los resultados del proceso.

- **Intereses moratorios**

Conviene precisar que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía definido que cuando se reclama el reajuste o reliquidación de las mesadas pensionales no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues ellos están reservados para los casos en los que existe mora en el pago de la totalidad de las mesadas.

En sentencia dictada el 3 de septiembre de 2003, rad. 21027 (criterio reiterado en sentencias SL 2415-2019 y SL 278-2020), esa alta Corporación dijo que los intereses moratorios sólo proceden cuando existe mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando se reclama el reconocimiento de este estipendio por un reajuste o reliquidación de la misma, como ocurre en el caso que nos ocupa.

No obstante, más recientemente dicha Corporación, en sentencia SL3130-2020, recogió el criterio definido con anterioridad y estableció que los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, también proceden cuando se ordena la reliquidación de una pensión, en cuanto la obligación de las entidades administradoras no es solamente pagar a sus afiliados de manera puntual las mesadas pensionales, sino también reconocerlas de manera íntegra, cabal y completa.

Sobre este último criterio definido por la Corte, el ponente de esta decisión manifiesta que se aparta de la tesis acogida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, en cuanto, del claro contenido del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se advierte que esta sanción solo procede cuando existe mora en el pago de las mesadas, la lectura de dicha norma no permite realizar interpretaciones adicionales para incluir otras situaciones dentro del reconocimiento de este derecho, como

ocurre cuando se debe pagar un valor adicional sobre una mesada previamente reconocida y pagada, ya sea porque se ordena la reliquidación por una liquidación incorrecta o por la norma aplicable para definir el derecho, o porque se define, con base en un cambio de jurisprudencia, la procedencia de la inclusión de otros factores para reajustar la prestación.

A juicio de la Sala, la sanción que impone esta norma a las administradoras de pensiones, está relacionada con la omisión en el pago de la prestación en el momento que corresponde, no con eventuales valores adicionales que no se hayan incluido inicialmente y que con posterioridad se definan en virtud de un reajuste, pues la mesada inicial y respecto de la cual se causa la obligación de pago en su momento, ha sido previamente cancelada.

Por las anteriores razones, no procede en este proceso la condena al pago de intereses moratorios sobre el valor de las diferencias generadas por la reliquidación de la pensión de vejez. De manera subsidiaria se ordenará a la demandada que realice el pago de las diferencias causadas debidamente indexadas.

No resulta pertinente tasar el retroactivo de las diferencias sin que se encuentre establecida la fecha en que la entidad realizará el pago de las mismas a favor de la demandante.

Se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de la DEMANDANTE, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de Colpensiones, sin costas en el grado jurisdiccional.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: DECLARAR que ELIZABETH TRIANA tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez con una tasa de remplazo del 80%, en cuantía de \$3.694.158 a partir de 1° de junio de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante **ELIZABETH TRIANA** el retroactivo de las diferencias en las mesadas pensionales que se generen a partir del 1° de junio de 2019 y hasta cuándo se haga efectivo el ingreso en nómina de pensionados, debidamente indexado, tomando como IPC inicial el del mes en que se generó cada diferencia y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago. Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de la **DEMANDANTE**.

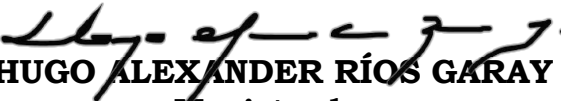
CUARTO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** de los intereses moratorios reclamados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones.

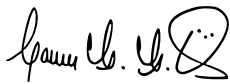
SEXTO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandada **COLPENSIONES**, deberán ser fijadas y liquidadas por el *a quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2021-00298-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, debidamente indexados, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PROTECCIÓN (*min. 44:55 archivo “15Audiencia20220523”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

CECILIA GUERRERO MANTILLA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia y la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS a través de PROTECCIÓN, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM todos los aportes, rendimientos y demás sumas causadas a su favor, y se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada sin solución de continuidad y a contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 11 de marzo de 1961, se afilió al ISS en julio de 1984 y para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones no se encontraba cotizando; que en septiembre de 1999 se trasladó al RAIS con la AFP PROTECCIÓN pero al momento del traslado no fue asesorada e informada por la AFP acerca de las diferencias entre los regímenes pensionales, las prestaciones que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen y las implicaciones o consecuencias sobre sus derechos pensionales; que a la presentación de la demanda acredita 1.112 semanas; que para el año 2020 la mesada pensional en el RPM es de \$2.292.662 y en el RAIS sería de un SMLMV; que el 15 de febrero de 2021 solicitó a las demandadas la nulidad e ineficacia del traslado, las cuales fueron resueltas de manera negativa (*pág. 5 a 23 archivo “01DemandayAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la afiliación en el RPM, la solicitud presentada y la correspondiente respuesta, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para

regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 38, archivo “07ContestaciónDemandaColpensiones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la a la edad de la demandante, la afiliación al RAIS, la cantidad de semanas cotizadas, la solicitud presentada y la correspondiente respuesta, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 la innominada o genérica (pág. 3 a 23, archivo “08ContestaciónDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 44:55 archivo “15Audiencia20220523”)

El 23 de mayo de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por CECILIA GUERRERO MANTILLA al régimen de ahorro individual el 12 julio de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1° de septiembre del mismo año y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrada por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de

la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro provisional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin ningún tipo de deducción, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora CECILIA GUERRERO MANTILLA. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a COLPENSIONES. SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional de la demandante del RPM al RAIS, y con base en ello establecer si se debe declarar la ineficacia por la falta de información y los efectos de dicha declaratoria respecto de los dineros recibidos por la AFP en virtud de la afiliación.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, al aplicarse la regla de la carga de la prueba se tiene que PROTECCIÓN no entregó información clara, suficiente y oportuna a la demandante al momento del traslado por lo que no se puede tener cumplido el deber de información por parte de la AFP ni una asesoría completa, por lo que declaró la ineficacia de dicho traslado, dispuso el regreso automático de la demandante al RPM, ordenó a Protección a trasladar todos los dineros de la cuenta individual de la demandante, incluyendo aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos

de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación parcial solicitando se revoque la sentencia en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración y las primas de seguro previsional.

Para sustentar el recurso, manifestó que la comisión de administración es un descuento autorizado y ordenado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con modificación posterior del artículo 7 de la Ley 797 de 2003, el descuento se usa para cubrir los gastos de administración, pagar las primas de seguro previsional y es un descuento que opera en ambos regímenes, que los aportes de la demandante tuvieron rendimientos significativos frente a lo ahorrado lo que da cuenta que fueron debidamente administrados, por lo que con la condena se está constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, lo que la faculta a conservarla como restitución mutua a su favor; que no es legal la condena por primas de seguro previsional porque dicho porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora que cumplió con el deber contractual de mantener las coberturas durante la vigencia de la póliza en caso de que la demandante hubiese sufrido los siniestros de invalidez y sobrevivencia, giros que se realizan a las aseguradoras por mandato legal e incluso las pólizas podría tener coberturas por estructuración de siniestros en caso de que la demandante aun estuviese afiliada en el RPM, por lo que se desnaturaliza el contrato de seguros; y que frente al descuento del 3% de gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción, por ser un concepto de carácter sucesivo y no financian la pensión de vejez (*min. 46:47 archivo “15Audiencia20220523”*).

Igualmente, la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Como fundamentación del recurso, afirmó que la declaratoria de ineficacia del traslado conlleva consecuencias de su patrimonio y afecta la sostenibilidad financiera del sistema; que si bien existe un criterio jurisprudencial cada caso debe analizarse en concreto y no se puede exonerar a la demandante del deber de informarse para realizar el cambio de régimen pensional dado que de su elección dependía su futuro pensional, fue negligente frente a este aspecto y no hizo uso de las figuras del retracto o de la rescisión; que se debe tener en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional C-242 de 2009 sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional y que el intereses general debe prevalecer sobre el particular (*min. 54:25 archivo “15Audiencia20220523”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó se confirme la sentencia al referir que no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la AFP PROTECCION cumpliera con su deber y obligación de brindar a la demandante información suficiente para que aquella pudiera tomar la decisión libre y voluntaria sobre el traslado de régimen.

COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia reiterando los argumentos expuestos en el recurso y señalando que hay prohibición legal de la demandante para retornar al RPM y, en caso de confirmarse la decisión, que se ordene a PROTECCIÓN entregar la totalidad de documentos y los dineros por concepto de aportes, rendimientos, administración y seguro provisional indexados. Y PROTECCIÓN no presentó alegaciones.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en

última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **CECILIA GUERRERO MANTILLA** nació el 11 de marzo de 1961 (*pág. 28 archivo “01DemandayAnexos”*); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 04 de julio de 1984 (*pág. 42 archivo “01DemandayAnexos”*); **iii)** y la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 12 de julio de 1999, efectivo desde el 1º de septiembre de 1999, donde sigue vinculada (*Pág. 24 y 53 a 65 archivo “08ContestaciónDemandaProtección”*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación, debidamente indexadas y condenó en costas a

PROTECCIÓN. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN** presentaron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

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

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

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

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de

expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que conforme con la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento

diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP PROTECCIÓN** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la **AFP PROTECCIÓN** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle que el ISS estaba en quiebra y que si se trasladaba al fondo sus aportes iba a estar seguros, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y

suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

Se modificará la orden de activar la afiliación de la DEMANDANTE en el RPM, en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir de la **AFP DEMANDADA** los valores aludidos en el ordinal segundo del fallo de primera instancia e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

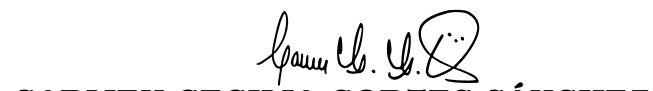
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CECILIA GUERRERO MANTILLA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2021 00298 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2021-00366-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, debidamente indexados, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR (*min. 55:25 archivo “18Audiencia20220622”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

LUGARDY CECILIA LOPEZ TINOCO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de PORVENIR, se ordene a PORVENIR a trasladar todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado al RPM y a COLPENSIONES a recibirla como afiliada sin solución de continuidad, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació 12 de mayo de 1968, realizó cotizaciones para pensión, al extinto Instituto de Seguros Sociales, desde el 07 de abril de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1994, se trasladó del RPM al RAIS el 1° de agosto de 1994 con PORVENIR; que el asesor de la AFP le informó que el ISS se iba a acabar y que al realizar el traslado de régimen obtendría una muy buena pensión, podría pensionarse mucho antes de cumplir la edad requerida, sin que le proporcionara una asesoría completa, clara y suficiente del RAIS; que PORVENIR no le informó sobre la prohibición de trasladarse de Régimen después que cumpliera 47 años de edad; que no se encuentra pensionada y el 14 de mayo de 2021 radicó solicitud ante las demandadas para anular la afiliación en el RAIS y activar la misma en el RPM, la cual fue respondida de forma negativa; que PORVENIR le informó que se pensionaría por vejez a los 57 años con la suma de \$973.429 y le allegó copia de una comunicación del 22 de octubre de 2014 dirigida a su nombre, aparentemente remitida vía correo electrónico a lugardylopez@hotmail.com, mediante la cual informan acerca de la prohibición de trasladarse de régimen cuando se encuentre a 10 años o menos de cumplir la edad para su pensión, sin que se allegara constancia del envío de dicha comunicación, y mucho menos allega prueba de que esta haya sido recibida de forma efectiva por la usuaria.; y que de acuerdo la liquidación aportada con la demanda la pensión en el RPM sería de \$2.194.524 (*pág. 4 a 19 archivo “01DemandayAnexos”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la afiliación en el RPM, la afiliación al RAIS, la solicitud presentada y la correspondiente respuesta, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 41, archivo “07ContestaciónDemandaColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al RAIS, la solicitud presentada y la correspondiente respuesta, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe, (*pág. 2 a 29, archivo “11ContestaciónDemandaPorvenir”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 55:25 archivo “18Audiencia20220622”*)

El 22 de junio de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUGARDY CECILIA LÓPEZ TINOCO al régimen de ahorro individual el 04 NOVIEMBRE DE 1994,

*con fecha de efectividad a partir del 1° DE DICIEMBRE DEL MISMO AÑO por intermedio de PORVENIR y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señora LUGARDY CECILIA LÓPEZ TINOCO. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR conforme a lo señalado. **QUINTO:** Costas de esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a COLPENSIONES. **SEXTO:** Por ser adversa esta decisión a COLPENSIONES, CONSÚLTESE con el superior.”*

Para resolver, la Juez indicó que teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, el formulario de afiliación aportado es insuficiente para demostrar el presupuesto de libertad informada, por lo que al aplicarse la regla de

la carga de la prueba se tiene que Porvenir no entregó información clara, suficiente y oportuna a la demandante en aspectos tan importantes de como cálculo de la pensión, rendimientos financieros, bono pensional, aportes voluntarios, derecho a retractarse, la forma en que se distribuía el aporte, las modalidades de pensión, la pensión de garantía mínima, por lo no se puede tener cumplido el deber de información por parte de Porvenir ni una asesoría completa a la demandante al momento del traslado, razón por la declaró la ineficacia de dicho traslado, dispuso el regreso automático de la demandante al RPM, y ordenó a Porvenir a trasladar todos los dineros de la cuenta individual de la demandante, debidamente indexados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia frente a las condenas impuestas en su contra. Afirmó que la demandante se afilío de manera válida, libre, voluntaria, informada y todo lo hizo con fundamento en las cargas impuestas por la ley a los fondos privados para el año 1994, por lo que todas las condenas desconocen el principio de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica; que la demandante recibió información clara y completa sobre el RAIS, suscribió un formulario en los términos de ley, manifestó expresamente que no estuvo coaccionada y tampoco objetó ni elevó ningún tipo de duda ante el fondo privado durante 25 años y confesó en el interrogatorio sentirse estable con la gestión de la AFP durante tanto tiempo; frente a la devolución de rendimientos señaló que se configuraría un enriquecimiento sin justa causa en perjuicio de la AFP; que los gastos de administración son sumas que tienen una destinación específica por ley, la cual fue cumplida durante la permanente de la demandante en dicho fondo, por lo que son dineros que ya no se encuentran en su poder por lo que al aplicarse la institución de las restituciones mutuas hay conceptos que no deben trasladarse; que las sumas previsionales ya no están en su poder fueron entregadas a todas las aseguradoras contratadas por la AFP para cubrir a la demandante durante su

permanencia con Porvenir ante los riesgos de invalidez y muerte, por lo que cumplieron la finalidad de ley y no están en su poder, por lo que al revocarse la decisión de instancia no habría lugar a condenarla en costas. (*min. 57:10 archivo “18Audiencia20220622”*).

Igualmente, la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia en su totalidad. Como fundamentación del recurso afirmó que la demandante realizó el traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas, que la afiliación se dio en 1994, por lo que al transcurrir tanto tiempo es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo y el deber de información solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, que se debe analizar en este caso la situación de la demandante que al no poder cambiarse de régimen y al no estar de acuerdo con la mesada pensional encuentra en este tipo de acción la oportunidad de obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, lo que pone en riesgo el sistema pensional y futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han cotizado en el mismo; que en caso de que se confirme la decisión solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y las demás a que hubiera lugar debidamente indexados, y que no se imponga condena en costas en su contra (*min. 01:00:30 archivo “18Audiencia20220622”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia señalando que hay prohibición legal para retornar al RPM,

no se acreditaron los vicios del consentimiento, que el deber de información se debe analizar con la normatividad vigente al momento del traslado y que el retorno de la demandante al RPM descapitaliza el sistema pensional.

Por su parte, la apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.**, solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Y la parte demandante no presentó alegaciones.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **LUGARDY CECILIA LOPEZ TINOCO** nació el 12 de mayo de 1968 (*pág. 20 archivo “01DemandayAnexos”*); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 07 de abril de 1988 (*pág. 32 archivo “01DemandayAnexos”*); **iii)** y la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 01 de agosto de 1994, efectivo desde el 1º de diciembre de 1994, donde sigue vinculada (*Pág. 68 y 130 archivo “11ContestaciónDemandaPorvenir”*).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la el traslado del RPM al RAIS, ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación, debidamente indexadas y condenó en costas a PORVENIR. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** y **PORVENIR** presentaron recurso de apelación.

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

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

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

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

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

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

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones,</i>

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la **AFP PORVENIR** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle que de trasladarse podía pensionarse antes de tiempo y en caso de fallecimiento los dineros se lo devolvían a los familiares y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre

ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

Se modificará la orden de activar la afiliación de la DEMANDANTE en el RPM, en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por
autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir de la **AFP DEMANDADA** los valores aludidos en el ordinal segundo del fallo de primera instancia e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

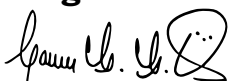
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUGARDY CECILIA LOPEZ TINOCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

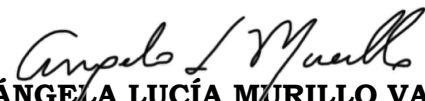
RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2021 00366 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.22-2020-00335-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores correspondientes a las cotizaciones rendimientos financieros y gastos de administración, condenó a COLPENSIONES a recibir las referidos conceptos y hacer los ajustes en la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR (*min. 09:18 archivo "018AudienciaFallo"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

RUTH VALLE BALLESTEROS presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS, se ordene a PORVENIR a

trasladar todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos causados y cuotas de administración, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a COLPENSIONES a recibirla como afiliada sin solución de continuidad, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 30 de agosto de 1964 y para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 29 años de edad; que sus cotizaciones iniciales se hicieron al ISS; que en enero de 2000 se afilió a Porvenir donde se mantiene en la actualidad; que dicha afiliación se dio sin que se le indicara los requisitos para optar por una pensión, su liquidación, las consecuencias de su afiliación, tampoco se le hizo comparación entre los regímenes pensionales existentes, en condiciones, servicios y requisitos; y que presentó solicitud de ineficacia de la afiliación ante las demandadas, la cual fue resuelta de manera negativa (*pág. 3 a 16 archivo “002DemandaConAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la afiliación y las semanas cotizadas en el RPM, y la respuesta dada a la demandante con ocasión de la solicitud de ineficacia, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 2 a 37, archivo “007ContestaciónColpensiones”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la vinculación al RAIS, frente a los demás hechos señaló

no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pág. 2 a 22, archivo “009ContestaciónDemandaPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 09:18, archivo “018AudienciaFallo”)

El 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora RUTH VALLE BALLESTEROS, identificada con la CC 39614714 al RAIS acaecido el 01 de noviembre de 1999 conforme quedo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a Porvenir fondo en el que se encuentra afiliada la demandante, traslade a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones rendimientos financieros y gastos de administración que está en la obligación de recibirlos y hacer los ajustes en la historia laboral de la actora conforme quedo explicado. **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a la AFP Porvenir en la suma de 01 SMMLV, como agencias en derecho. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones, CONSULTESE a su favor ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Laboral.”

Para resolver, la Juez indicó que conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba recae en PORVENIR, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio a la demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes, que como tal aspecto no ocurrió ese traslado es ineficaz, siendo obligación de COLPENSIONES recibir los aportes de la AFP y reactivar la afiliación de la demandante en el RPM.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada PORVENIR presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que se está declarando la ineficacia de traslado a pesar de la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, no se está teniendo como una prueba fehaciente el formulario suscrito por la demandante de forma voluntaria, el cual no fue

tachado de falso por la demandante; que la demandante recibió una asesoría donde se le informó acerca de los intereses que iban a tener esos aportes, las características del régimen y en ningún momento hizo solicitud de aclaración o preguntas e inquietudes para que fueran respondidas por estos asesores; que Porvenir ha dispuesto canales de atención a los cuales pueden acceder de manera gratuita los futuros afiliados o afiliados para corroborar información; que se declara la ineficacia a pesar de que la demandante ha estado afiliada a la AFP por más de 20 años, sin formular solicitud alguna de su retorno a Colpensiones; que el despacho no realizó un debido estudio sobre las pruebas aportadas, y se están exigiendo pruebas que no eran determinadas para la época para dejarlas por escrito; que la motivación de la demandante es netamente económica, situación que no demuestra que se haya afectado su derecho a la libre escogencia; frente a los gastos de administración indicó que también se generan en el régimen de prima media y la cuenta de la demandante fue debidamente administrada, no hubo desmejora y no hubo afectación económica frente a esos valores, pues se generó rentabilidad y rendimientos que beneficiaron el capital de la cuenta de la demandante, por lo que no sería procedente ordenar su traslado, se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la demandante, por lo que la AFP debe consérvalos como restituciones mutuas; que frente a estos gastos se debe aplicar la figura de prescripción y solicita que la condena en costas también debe ser contra Colpensiones por cuanto también fue vencida en el proceso (*min. 10:42, archivo “018AudienciaFallo”*).

Igualmente, la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva de las pretensiones. Para sustentar el recurso, afirmó que no se debe declarar la ineficacia del traslado dado que el acto fue válido y cobro efectos jurídicos, tanto que la demandante efectúo aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones; que conforme con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL4934 de 2020 y SL 1061 de 2021 se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento; que la demandante no reúne los requisitos para regresarse al régimen de prima media, por cuanto no está cobijada con el régimen de transición y no puede regresar en cualquier tiempo, debió haberlo hecho cuando le faltaban más de 10 años para

cumplir el requisito de la edad exigida en el RPM y la solicitud la elevó cuando tenía 48 años de edad; que este tipo de declaraciones quebrantan el principio de sostenibilidad financiera, pues genera una situación caótica en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando a su sostenimiento; que se debe tener en cuenta sentencias de la Corte Constitucional y de este Tribunal que han señalado la obligación del afiliado de ilustrarse sobre la decisión de cambio de régimen pensional; que no se le condene en costas y en caso de que se confirme la decisión se ordene a PORVENIR a reintegrar la totalidad de las cotizaciones (*min. 19:52, archivo “018AudienciaFallo”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia aduciendo que el acto de afiliación goza de plena validez, no se cumplen los requisitos de nulidad o ineficacia y no se alegaron ni se demostraron en el proceso. En caso de considerarse que el negocio jurídico no tuvo validez, solicitó no se ordene la devolución de los gastos de administración, porque se trata de un cobro legal que procede en ambos regímenes y porque se genera un enriquecimiento sin justa causa y además son prescriptibles.

El apoderado del demandante solicitó se confirme la sentencia en la medida en que se dio correcta aplicación al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y la AFP incumplió con el deber de información.

Y la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Cindy Brillith Bautista Cárdenas, identificada con CC 1.022.361.225 y TP 237.264 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos elevados en el recurso de apelación.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **RUTH VALLE BALLESTEROS** nació el 30 de agosto de 1964 (*pág. 20 archivo “01DemandayAnexos”*); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 30 de noviembre de 1995 (*historia laboral, archivo “008ExpedienteAdministrativo”*); *iii)* y la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 01 de noviembre de 1999, efectivo desde el 1° de enero de 2000, donde sigue vinculada (*Pág. 56 y 57 archivo “009ContestaciónDemandaPorvenir”*).

En la sentencia de primera instancia, se declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación y se condenó en costas a PORVENIR. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** y **PORVENIR** presentaron recurso de apelación.

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

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, la **AFP PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo

cumplimiento diligente no acreditó ya que solo se allegó el formulario de afiliación y la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la **AFP PORVENIR** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que los asesores de la **AFP DEMANDADA** se limitaron a indicarle que el ISS se iba a acabar, que en dicho fondo iba a obtener una buena mesada pensional, que se podía retirar cuando quisiera y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de las **DEMANDADAS**.

Y del interrogatorio rendido por la representante legal de la **AFP PORVENIR** no se puede inferir ilustración alguna frente al traslado realizado por la demandante.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de

relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Adicionalmente, se modificará la sentencia en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Finalmente, para resolver el argumento de apelación de la demandada PORVENIR, referido a que se imponga condena en costas a COLPENSIONES por salir también vencida en primera instancia, debe señalarse que la referida AFP no tiene legitimación en causa para reclamar este pedimento. En todo caso, se advierte que las órdenes dictadas a cargo de COLPENSIONES son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso, para que proceda la condena por este concepto, en los términos que define el artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que

corresponda, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos. Igualmente, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir de la **AFP DEMANDADA** los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

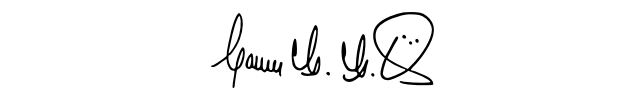
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUTH VALLE BALLESTEROS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2020 00335 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.25-2019-00008-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES contra la sentencia del 10 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión especial de vejez por alto riesgo a favor de JOSÉ JORGE NOVA SIERRA en cuantía de un SMLMV a partir del 01 de abril de 2017, intereses moratorios y costas a cargo de Colpensiones en cuantía de \$2.300.000 (*min. 28:40, archivo “38.1Audiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSÉ JORGE NOVA SIERRA solicitó que se declare que cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones, que ha cotizado más de 700 semanas en actividades de alto riesgo, que es beneficiario de la pensión especial de vejez por alto riesgo dispuesta en el Decreto 2090 de 2003 a partir del 08 de septiembre de 2016 y en consecuencia se condene a COLPENSIONES

a pagar el retroactivo pensional, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 08 de septiembre de 1961, que prestó sus servicios como trabajador minero en socavones o subterráneos desempeñando el cargo de PIQUERO a favor del empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA desde el 19 de marzo de 1987 hasta el 30 de septiembre de 2009; que prestó sus servicios como trabajador minero en socavones o subterráneos desempeñando el cargo de PIQUERO a favor del empleador CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S desde el 01 de octubre de 2009, realizando cotizaciones por alto riesgo hasta el 31 de octubre de 2017; que las tareas que desempeñaba como trabajador minero eran taladrar rocas utilizando herramientas como picas y palas para extraer el material, construcción de túneles subterráneos viales y de ventilación, excavación de pozos, levantamiento de escombros de explosión minera y cargue de herramientas de excavación; que cotizó más de 700 semanas cotizadas en actividades de alto riesgo y solicitó a COLPENSIONES el 31 de marzo de 2017, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 100105 del 14 de junio de 2017 por cuanto no se habían allegado las certificaciones laborales que acreditaran que el demandante había prestado sus servicios en actividades de alto riesgo (*pág. 1 a 15, archivo “003 Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones realizadas por el empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA, la solicitud de pensión especial de vejez radicada el 31 de marzo de 2017 y la respuesta negativa a dicha prestación, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción

de legalidad de los actos administrativos (Pág. 1 a 8, archivo “008ContestacionDeDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.28:40, archivo “38.1Audiencia”)

El 10 de mayo de 2021, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR y CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a pagar al demandante señor JOSÉ JORGE NOVA SIERRA la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo que lo será a partir del 01 de abril de 2017 en cuantía mensual inicial de \$ 737.717 pesos conforme lo motivado. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada al pago de intereses moratorios a la tasa máxima al momento del pago del retroactivo pensional que hipotéticamente se declaró que correspondía a la suma de \$22.549.972,89, así mismo y por efectos del retroactivo se condena a pagar al demandante y por cuanta del demandado Colpensiones la suma de \$43.344.367. **TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones a favor del demandante por la suma de \$ 2.300.000 pesos.”

El Juzgado fijó como problema jurídico establecer si se declara o no que el demandante cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas, declarar si el demandante ha cotizado más de 700 semanas en actividades calificadas como de alto riesgo en trabajos de minería, si el demandante es beneficiario de la pensión por alto riesgo dispuesto en el Decreto 2090 de 2003 y si como consecuencia de las anteriores declaraciones se debe condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, el pago del retroactivo, intereses moratorios, ultra y extra *petita* y costas procesales.

Para resolver indicó que en el expediente administrativo se encuentran las certificaciones expedidas por José Cupertino Flechas y Carbones Quintana Alvarado S.A.S., las cuales no fueron tachadas por ninguna de las partes, por lo con las demás documentales coligió que el demandante prestó sus servicios para el empleador José Cupertino

Flechas como piquero desde el 19 de marzo de 1987 hasta el 02 de octubre de 2009 en la mina San José ubicada en el municipio de Cucunubá, así mismo que laboró para la empresa Carbones Quintana Alvarado S.A.S. en el cargo de piquero desde el 05 de octubre de 2009 hasta el 12 de marzo de 2014, que el demandante en calidad de trabajador minero ejecutaba labores en socavones y subterráneos guardando correspondencia con las actividades de alto riesgo conforme al Decreto 2090 de 2003, por lo que tuvo como semanas cotizadas por alto riesgo las certificadas por el empleador José Cupertino Flechas.

Que el demandante laboró en actividades de alto riesgo del 19 de marzo de 1987 al 02 de octubre de 2009 alcanzando un total de 8.232 días equivalente a 1.176 semanas, que por ende el actor cumple con más de las 700 semanas mínimas y acredita más de las 1.300 semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez y cumplió los 55 años el 08 de septiembre de 2016, por lo que tiene derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a partir de esa fecha. No obstante, precisó que el retroactivo pensional debía pagarse a partir del 01 de abril de 2017, cuando el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación parcial frente al numeral primero de la sentencia. Para sustentar, indicó que el despacho erró en la fecha del reconocimiento pensional en atención a que dejó de lado que al contar JOSÉ JORGE NOVA SIERRA con más de las semanas mínimas requeridas debía haberse descontado un año por cada 60 semanas adicionales cotizadas, bajo esa circunstancia no podía reconocerse la mesada pensional a los 55 años de edad sino contrariamente con la reducción de un año por cada 60 semanas adicionales cotizadas debía haberse reconocido por lo menos descontando 3 años anteriores a los 55, es decir a partir de los 52 años de edad, retroactivo que se encuentra

protegido por el fenómeno de la prescripción, siendo necesario que se recalcule el retroactivo pensional y los intereses moratorios (*min. 30:38 archivo "38.1Audiencia"*).

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES también presentó recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad. Para sustentar, indicó que la historia laboral del demandante no se encuentran registros de cotizaciones con el porcentaje adicional por alto riesgo, por lo tanto, no sería procedente realizar el reconocimiento de una pensión especial, que el demandante no cumple con uno de los requisitos del Decreto 2090 de 2003, que no se encuentra detalle de aquellas cotizaciones especiales adicionales y que por lo tanto es improcedente el derecho reclamado (*min.34:19 archivo "38.1Audiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 la apoderada principal de Colpensiones le sustituyo poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, en su escrito solicitó revocar el fallo de primera instancia en su totalidad, reiterando los argumentos expuesto en el recurso.

Y el apoderado de la parte demandante solicitó se revoque parcialmente el fallo de primera instancia, en cuanto a la fecha del pago de la pensión especial de vejez de alto riesgo, reiterando el planteamiento señalado en el recurso.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última

instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo y si como consecuencia de ello debe condenarse a la demandada COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional a partir del cumplimiento de los requisitos legales y los intereses moratorios conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** JOSÉ JORGE NOVA SIERRA nació en fecha 08 de septiembre de 1961 (*pág. 18 archivo “003Demanda”*); **ii)** que el demandante cotizó al ISS hoy COLPENSIONES con el empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA desde el 19 de marzo de 1987 hasta el 30 de septiembre de 2009 (*archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1435-20190222115431 carpeta 12.1 Anexos*); **iii)** que el demandante cotizó a Colpensiones con el empleador CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S desde el 01 de octubre de 2009 al 31 de diciembre de 2018 (*archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1435-20190222115431 carpeta 12.1 Anexos*); **iv)** que el demandante acredita en toda su vida laboral un total de 1.620,86 semanas cotizadas (*archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1435-*

20190222115431 carpeta 12.1 Anexos); **v)** que el demandante presentó solicitud de pensión de vejez ante Colpensiones el 13 de diciembre de 2013, la cual fue resuelta de forma definitiva mediante Resolución VPB 29248 del 31 de marzo de 2015 (*archivo GEN-RES-CO-2015_3164646-20150410023005 carpeta 12.1 Anexos*); **vi)** que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a COLPENSIONES el 31 de marzo de 2017 (*archivo GRP-FSP-AF-2017_3363411-20170331022312 expediente administrativo*); **vii)** que COLPENSIONES mediante Auto APSUB1243 del 05 de mayo de 2017, requirió al demandante para que en el término de un mes le allegara pruebas referidas a “1. *Certificación laboral expedida por los empleadores JOSÉ CUPERTINO FLECHAS, CARBONES QUINTANA ALVARADO SAS, en la que se establezca de manera expresa e inequívoca y en la cual debe detallar:* • Las actividades de alto riesgo desempeñadas. • Funciones de alto riesgo desarrolladas durante el tiempo laborado (historia ocupacional). • Los extremos laborales de todos y cada uno de los sitios donde desempeño las actividades de alto riesgo. • Detalle de los periodos durante los cuales se efectuaron las cotizaciones especiales adicionales. • Sitio donde realiza la labor, identificándose si hace parte del área administrativa o del área productiva de riesgo. • El nivel de exposición del trabajador a sustancias de alto riesgo para su salud. 2. *Certificación expedida por la Administradora de Riesgos profesionales ARL que señale la categorización de las actividades desempeñadas y empresas de alto riesgo, de conformidad con la obligación prevista en el artículo 66 de la Ley 1562 de 2013. 3. Certificación de cámara de Comercio y representación no mayor a 15 días de la expedición de este documento, del empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS. 4. Certificación laboral del empleador con fecha no mayor a 15 días, esto por cuanto la certificación que obra en el expediente no lleva fecha. 5. documento de identidad del representante legal señor JOSÉ CUPERTINO FLECHAS.* (*archivo GCE-AUT-AP-2017_3363411-20170505092008 carpeta 24.1 Anexos*); **viii)** y que Colpensiones, ante el no aporte de los documentos, resolvió negar la pensión mediante Resolución SUB 100105 del 14 de junio de 2017(*archivo GRF-AAT-RP-2017_3363411-20170615080804*).

Así, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado del demandante y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta atendiendo las siguientes consideraciones:

- **De la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo**

La pensión especial por actividades de alto riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión están expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o que estén enfrentados a un mayor nivel de siniestralidad (CSJ SL 890 de 2021 y SL 1665 de 2022).

El artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, define de manera clara aquellas actividades que tienen la connotación de ser de alto riesgo, así: *“Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes”.*

Los artículos 3° y 4° del mismo Decreto, señalan que para acceder a la pensión especial de vejez se requiere un mínimo de 700 semanas de cotización especial, haber cumplido 55 años de edad y una densidad de semanas igual a las exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disminuyéndose en un año la edad de pensión por cada 60 semanas

de cotización especial adicionales a las exigidas en el Sistema General de Pensiones, sin que ésta pueda ser inferior a 50 años.

El mencionado Decreto fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013. En esta providencia, la Corte Constitucional precisó que: *“La inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”* (subraya la Sala).

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que el trabajador que aspira a acceder a una pensión especial de alto riesgo debe demostrar que prestó sus servicios expuesto o desempeñando alguna de las actividades catalogadas como de alto riesgo (SL 1287 de 2022). También ha reiterado que si el trabajador acredita que la actividad cumplida pertenece a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el trabajador quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez, sin perjuicio de que ésta pueda reclamarle al empleador que no cumplió la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley (SL 398 de 2013, SL 9013 de 2017, SL 999 de 2020 y SL 2457 de 2022, entre otras).

Ahora bien, sobre las cotizaciones especiales conviene precisar, que para sufragar los costos que implica el anticipo de este tipo de prestaciones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones

al Sistema General de pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio tenemos que el demandante nació en fecha 08 de septiembre de 1961 (*pág. 18 archivo “003Demanda”*), por lo que cumplió sus 55 años de edad el mismo día y mes del año 2016, razón por lo cual para acceder a la pensión especial de vejez debe acreditar 1.300 semanas y de éstas un mínimo de 700 con cotización especial por actividades de alto riesgo.

JOSÉ JORGE NOVA SIERRA ha realizado aportes al Sistema General de Pensiones desde el 19 de marzo de 1987, siendo la última cotización para diciembre de 2018, según consta en la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 22 de febrero de 2019, aportes que se han efectuado teniendo como empleadores JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA, desde el 19 de marzo de 1987 hasta el 30 de septiembre de 2009, y CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S., desde el 06 de octubre de 2019 hasta el 30 de diciembre de 2018, para un total de 1.620 semanas cotizadas (*archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1435-20190222115431 carpeta 12.1 Anexos*).

COLPENSIONES en la Resolución VPB 29248 del 31 de marzo de 2015, negó la prestación especial de vejez por actividades de alto riesgo al constatar que de todo el periodo cotizado por el empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA tan solo 25 ciclos se hicieron con aportes adicionales por alto riesgo, correspondientes a 1995/02, 1995/03, 2007/05, 2007/06, 2007/07, 2007/08, 2007/09, 2007/10, 2007/11, 2007/12, 2008/07, 2008/08, 2008/09, 2008/10, 2008/11, 2008/12, 2009/01, 2009/02, 2009/03, 2009/04, 2009/05, 2009/06, 2009/07, 2009/08 y 2009/09. Igualmente, que con el empleador CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S. se efectuaron 65 ciclos con aportes adicionales hasta febrero de 2015, no cumpliendo el mínimo de 700

semanas de cotización especial (*archivo GEN-RES-CO-2015_3164646-20150410023005 carpeta 12.1 Anexos*).

Para constatar la prestación del servicio por actividades de alto riesgo, la parte actora allegó ante Colpensiones certificación laboral expedida por el empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA (*pág. 4 archivo "GRF-REP-AF-2014_2068015-20140312150819" carpeta 12.1 Anexos*) donde se señala lo siguiente:

...que el señor JOSÉ JORGE NOVA SIERRA, identificado con cedula de ciudadanía No. 93.286.450 de Líbano Tolima, trabajo como Minero Bajo Tierra en el cargo de PIQUERO desde el 19 de marzo de 1987 hasta el 02 de octubre de 2009, en la mina San José Ubicada en la Vereda Aposentos del Municipio de Cucunubá...

Igualmente, aportó certificación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS de fecha 21 de noviembre de 2016 que da cuenta que el demandante estuvo afiliado a esa ARL con vinculación dependiente del empleador FLECHAS VEGA CUPERTINO, desde el 1° de febrero de 1995 con riesgo V. Con la demanda, no se aportó ninguna prueba adicional para demostrar las actividades de alto riesgo con este empleador.

Para la Sala, estos documentos son insuficientes para demostrar que el demandante cumplió funciones y prestó el servicio en socavones o en subterráneos. En efecto, la certificación allegada del empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA adolece de fecha de expedición y no contiene el detalle de las actividades realizadas por el trabajador que no deje duda de la prestación efectiva del servicio como minero bajo tierra, elemento necesario para la causación de la pensión especial de vejez que se reclama. De la certificación emitida por POSITIVA solo puede dar fe de la vinculación que tuvo el demandante con JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA, amparado con riesgo V para las

contingencias de índole laboral, sin que de ella se deduzca cuál era el cargo y su función.

Y de la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 22 de febrero de 2019, no se establece que el empleador JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA haya realizado las cotizaciones con el porcentaje adicional que exige la norma para actividades de alto riesgo, más allá de las reconocidas por la demandada en la Resolución VPB 29248 del 31 de marzo de 2015, que dedujera la efectiva prestación del servicio en esas condiciones.

Si bien en el hecho 10° del escrito introductorio se relacionaron unas funciones que se dice eran las realizadas por el demandante, tales afirmaciones carecen de sustento probatorio.

Debe recordarse que solo son pruebas útiles aquellas que definan con un criterio técnico y objetivo la presencia de un riesgo en la salud del trabajador en el sitio donde prestó el servicio y durante el desarrollo de sus funciones, y la carga de aportarla, en los términos del artículo 167 del CGP, la tiene quien reclama en el proceso las consecuencias jurídicas de dicho riesgo, es decir el demandante.

Por lo tanto, la precitada falencia probatoria impide a esta Sala tener certeza de que el demandante prestó, efectivamente, su servicio personal a favor de JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA en actividades de alto riesgo por trabajos mineros en socavones o en subterráneos, conforme lo señala el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2090 de 2003.

De suerte que para el estudio de la prestación pensional con tiempos cotizados con el referido empleador solo se pueden tener en cuenta los 25 meses reconocidos por COLPENSIONES.

Frente al empleador CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S. se aportó certificación de fecha 12 de marzo de 2014 (*pág. 3 archivo*

“GRF-REP-AF-2014_2068015-20140312150819” carpeta 12.1 Anexos)
en la que se informa:

*“...El gerente de CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S
certifica que el señor JOSÉ JORGE NOVA SIERRA identificado con
Cedula de Ciudadanía No. 93.286.450 de Líbano labora en esta
empresa en las siguientes condiciones:*

Empresa: CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S

Cargo: PIQUERO (LABORES BAJO TIERRA)

Fecha de Ingreso: 05 de octubre de 2.009...”

Adicionalmente, se allegó certificación del mismo empleador con fecha de expedición 17 de marzo de 2017, donde se acepta el extremo inicial de la relación laboral, la afiliación con la ARL POSITIVA y la cotización con tarifa para riesgo V (pág. 28 archivo “003 Demanda”).

Si bien estas certificaciones tampoco incluyen la relación de actividades catalogadas como de alto riesgo, desarrolladas por el demandante al interior de la compañía, se allegaron otros medios de persuasión de los cuales se infiere la prestación del servicio en estas condiciones. Al respecto, COLPENSIONES en la Resolución VPB 29248 del 31 de marzo de 2015 (archivo GEN-ANX-CI-2015_3164646-20150410124728 expediente administrativo), indicó que el empleador CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S. realizó cotizaciones con el porcentaje adicional por alto riesgo en favor del demandante por los periodos comprendidos entre el 2009/10 hasta el 2015/02 para un total de 65 meses. Al revisar dicha historia laboral se evidencia que, desde marzo de 2015 hasta agosto de 2016, mes antes del cumplimiento de los 55 años del demandante, CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S. le realizó 16 meses de cotizaciones por aportes pensionales con porcentaje adicional por actividades de alto riesgo, que, sumados a los reconocidos por la demandada en el referido acto administrativo, arroja la cantidad de 81 meses.

Igualmente, obra en el expediente certificación expedida por la ARL POSITIVA de fecha 21 de noviembre de 2016 (pág. 4 *archivo GEN-ANX-CI-2017_3363411-20170331022312 expediente administrativo*) en la que certifica que JOSÉ JORGE NOVA SIERRA es trabajador de la empresa CARBONES QUINTANA ALVARADO con tipo de vinculación dependiente desde el 06/10/2009 con riesgo V.

De las piezas procesales referidas se deduce que las labores que desempeñó el demandante al servicio de CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S como piquero bajo tierra cotizadas a COLPENSIONES con el porcentaje adicional por alto riesgo, se enmarcan en las actividades referidas en el numeral 1° del artículo 2° el Decreto 2090 de 2003.

Teniendo claro lo anterior, procede la Sala a establecer si el demandante acredita las semanas mínimas necesarias para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo y la fecha en que adquirió el status pensional. Para el 08 de septiembre de 2016, fecha del cumplimiento de los 55 años de edad, el demandante tenía cotizadas más de 1.300 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Al sumar las semanas cotizadas, con el porcentaje adicional, con los empleadores JOSÉ CUPERTINO FLECHAS VEGA (25 meses) y CARBONES QUINTANA ALVARADO S.A.S. (81 meses), el demandante acredita un total de 454 semanas, que corresponden a periodos cotizados por actividades del alto riesgo al cumplir labores mineras en socavones o en subterráneos, presupuesto insuficiente para el reconocimiento de la pensión especial de vejez, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá

remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

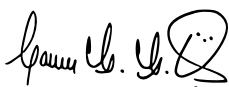
SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26-2021-00213-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE** contra la sentencia del 07 de julio de 2022 del Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de las pretensiones y condenó a la **DEMANDANTE** en costas (01:47:44 archivo “021. 2021-213 Art 77 Nulidad traslado-20220707_101914”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 12 archivo “002. DEMANDA UNIFICADA”).**

GLORIA CAÑÓN VILLARREAL solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS y de AFP y declarar válida su afiliación en el RPM, ordenar la devolución del saldo de su CAIP, condenas extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de febrero de 1959, se afilió al ISS el 26 de abril de 1979, que en diciembre de 1998 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, en agosto de 2001 se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen

pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que en abril de 2010 solicitó afiliarse al ISS, pero dicha entidad negó la petición.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Aseguró que brindó asesoría integral y completa a la **DEMANDANTE** sobre el régimen de pensiones, tras lo cual tomó la decisión libre e informada de trasladarse a la AFP, quien de manera franca le explicó el sistema de capitalización con el cual se causa la pensión de vejez en el RAIS, sin que la afiliada acredite causal de nulidad o ineficacia de ese traslado pensional, a la vez que la AFP cumplió los deberes legales vigentes para la fecha del traslado que garantizan la validez del mismo. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a la AFP, prescripción, compensación y pago y la innominada (Pág. 4 a 17 archivo “009.CONTESTACION DEMANDA COLFONDOS”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, sin embargo, la **DEMANDANTE** se afilió a la AFP en junio de 2011, luego de recibir toda la información necesaria sobre el RAIS y el RPM, por tanto, el consentimiento es libre e informado y no existe mérito para declarar ineficaz dicha vinculación, la cual cumplió todos los requisitos exigidos por la normatividad vigente a la fecha de traslado de AFP, sin que la afiliada acredite alguna causal de nulidad o ineficacia de dicho acto jurídico. Interpuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP con la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración

y de devolver la prima del seguro previsional y la genérica (Pág. 4 a 31 archivo “011.CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCION”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS y de AFP, no obstante, la **DEMANDANTE** no aportó pruebas de causales de nulidad o ineficacia, quien ratificó tácitamente cualquier irregularidad con su permanencia en el RAIS y desconoció su deber como consumidora financiera de ser diligente con su futuro pensional, siendo improcedente su retorno al RPM por la restricción por edad y porque la demanda tiene como única motivación razones económicas. Interpuso las excepciones de inexistencia de afectación por protección judicial, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica (archivo “015.CONTESTACION COLPENSIONES”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:47:44 archivo “021. 2021-213 Art 77 Nulidad traslado-20220707_101914”).

El 07 de julio de 2022, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora GLORIA CAÑÓN, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la DEMANDANTE, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos. TERCERO: En caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la regla jurisprudencial de la H. CSJ establece que la selección de régimen pensional es válida si hay libertad informada, siendo la AFP responsable de cumplir y acreditar el deber de información sin que para ello baste el formulario de afiliación, afirmando que en el caso concreto no se demostró el cumplimiento de dicho deber al momento del traslado del RPM al RAIS, falencia de **COLFONDOS S.A.** que corrigió **PROTECCIÓN S.A.** en 2001, cuando brindó información comparativa entre los regímenes pensionales, la cual se documentó por escrito y cuyo recibido firmó la afiliada, en la cual se indicó que el monto de la pensión en RAIS sería del 54% y en el RPM del 85% del IBL, además se explicó sobre el bono pensional, la CAIP, los parámetros del cálculo efectuado, junto con la manifestación de la **DEMANDANTE** de contestar varias preguntas en el sentido de haber recibido asesoría adecuada, tras lo cual escogió permanecer en el RAIS, por lo cual negó las pretensiones.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó declarar improcedente el retorno al RPM de la **DEMANDANTE**, ya que no se demostró causal de ineficacia o nulidad, acreditando la AFP que suministró toda la información necesaria y sin que puedan exigirse condiciones del deber de información no vigentes a la fecha del traslado, sin que proceda el regreso al RPM por la restricción por edad. Agotado el término, ningún apoderado de las demás partes presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa al **AFILIADO DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado de régimen pensional de la **DEMANDANTE** del RPM al RAIS mediante su vinculación **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **GLORIA CAÑÓN VILLARREAL** nació el 27 de febrero de 1959 (Pág. 89 a 90 archivo “002. DEMANDA UNIFICADA”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 27 de noviembre de 1998, efectivo a partir del 1° de enero de 1999 (Pág. 18 a 20 archivo “009.CONTESTACION DEMANDA COLFONDOS”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 27 de junio de 2001, efectivo a partir del 1° de agosto de 2001, AFP donde permanece vinculada y donde acumula 1850,28 semanas cotizadas a octubre de 2021 (Pág. 39, 86 a 88 archivo “011.CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCION”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió de las pretensiones y condenó a la **DEMANDANTE** en costas.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

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

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

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

“(…)

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

(…)”

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDADA, COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó la AFP, la cual se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma de este por el afiliado la exima de tal exigencia, siendo razonable concluir que **COLFONDOS S.A.** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Ahora bien, no pasa por alto esta Sala que el **DEMANDANTE** se trasladó **PROTECCIÓN S.A.** el 27 de junio de 2001, para lo cual se suscribió el respectivo formulario de afiliación, sin embargo, adicionalmente la AFP efectuó asesoría que se documentó por escrito, por la cual efectuó una proyección pensional que determinó que la mesada pensional en el RPM sería del 85% del IBL y que en el RAIS sería del 54% del IBL, existiendo una diferencia de más de 30 puntos

porcentuales y que en términos monetarios implicaba que la mesada proyectada en RAIS sería de \$813.327 y en RPM de \$1.275.000, siendo inferior la mesada en \$461.673 en el régimen de capitalización (Pág. 89 a 93 archivo “011.CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCION”).

Del mismo modo, **PROTECCIÓN S.A.** aportó documento que contiene una serie de preguntas efectuadas a la **DEMANDANTE** para establecer su situación pensional, entre las cuales estaba su fecha de nacimiento y la aceptación de haber tenido vinculación laboral antes del 30 de junio de 1992 y el salario para ese entonces, a efectos de reunir la información para realizar la proyección pensional, sin embargo, también se le consultó la edad del cónyuge de la **DEMANDANTE** y se le indicó el valor del bono pensional a la fecha de la proyección y a la fecha de cumplir 57 años, datos que fueron suministrados por la afiliada y que permiten inferir, razonablemente, que la AFP acreditó que de manera clara indicó a la **DEMANDANTE** que el monto pensional en el RAIS era inferior al RPM y que aspectos como el bono pensional y la edad de su cónyuge, así como el saldo de la cuenta individual, serían determinantes para fijar las condiciones de su futura mesada pensional por vejes.

No obstante lo expuesto, no pasa por alto este Tribunal que la realización de una proyección pensional comparativa entre ambos regímenes, si bien es relevante para que el afiliado se haya una idea informada de las consecuencias del traslado del RPM al RAIS, en el sentido de que su futura mesada sería por lo menos un 30% inferior que la obtenida en el RPM, no implica per se el agotamiento de la explicación de los aspectos esenciales de los regímenes pensionales, por cuanto las pruebas documentales allegadas por **PROTECCIÓN S.A.** no demuestran que para 2001, o con posterioridad, informó a la demandante el monto aproximado del capital necesario para causar una pensión de vejez en el RAIS, la normatividad aplicable a la redención con descuento del bono pensional por una mujer antes de los 60 años, las diversas modalidades de pensión en el RAIS y sus características y efectos de seleccionar la una o la otra, la aclaración de que no todo el valor del aportes ingresa a la CAIP porque un porcentaje se usa en el pago de gastos administrativos

y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos aspectos esenciales para entender las consecuencias y riesgos de permanecer en uno u otro régimen pensional.

La propia **DEMANDANTE**, en su interrogatorio de parte, si bien reconoció que el monto de la proyección de la mesada pensional era inferior en el RAIS en comparación con el RPM y que fue informada de dicha situación por **PROTECCIÓN S.A.**, también fue enfática en señalar que prefirió mantenerse en el RAIS porque se le indicó que el ISS iba a cerrar y que sus aportes, de retornar al RPM, estarían en riesgo, además señaló que solo hasta 2010 por parte del abogado de la empresa donde laboraba y en 2019 por parte de un abogado de **PROTECCIÓN S.A.**, se enteró de que aspectos del RAIS que al momento de la afiliación no le fueron explicados, como los costos que se aplican sobre el aporte, el capital mínimo que debía acumularse para una pensión de vejez de 1 smlmv o que los beneficiarios influyen en el monto de la mesada, aspectos que aseguró conocer hoy en día pero porque buscó asesoría y no porque la AFP le hubiera compartido dicha información al momento de su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** (47:28, 59:40, 01:07:20 y 01:09:31 archivo “021. 2021-213 Art 77 Nulidad traslado-20220707_101914”).

Los anteriores elementos de prueba permiten concluir, de forma razonable, que en el caso bajo estudio no fue suficiente la realización de la proyección pensional comparativa entre RPM y RAIS a la afiliada, por cuanto no hay prueba de que **PROTECCIÓN S.A.** hubiera informado a la **DEMANDANTE** otros aspectos trascendentales para conocer todos los aspectos esenciales del RAIS y dimensionar el riesgo y consecuencia de permanecer en dicho régimen y no retornar al RPM, motivo por el cual se revocará la sentencia y se declarará ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

También se impartirá la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los

recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Costas de primera instancia únicamente a cargo de las **AFP DEMANDADAS** y deberán ser tasadas por la *a quo*, por cuanto las órdenes dictadas a cargo de **COLPENSIONES** son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia 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 Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó la demandante **GLORIA CAÑÓN VILLARREAL**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos. Así mismo **CONDENAR** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. De otra parte, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de las **AFP DEMANDADAS** 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 eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la

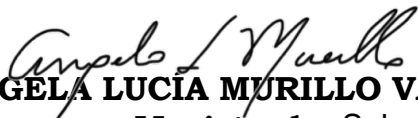
obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

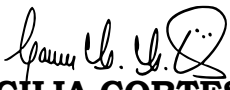
CUARTO: Costas de primera instancia únicamente a cargo de las **AFP DEMANDADAS** y deberán ser tasadas por la *a quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Salvo voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA CAÑON VILLAREAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 026 2021 00213 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

En la sentencia de primera instancia se consideró que la parte demandante recibió información del fondo, lo cual se corroboró especialmente con lo manifestado en el interrogatorio de parte por la demandante, y de las pruebas documentales que obran en el expediente, a través de las cuales se constata la reasesoría.

De tal manera que la decisión de trasladarse no fue por falta de información que diera lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo, tal como lo confesó la parte actora, de tal manera que al encontrarse probada la confesión, elemento de prueba habilitada en materia laboral para acreditar hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante, sobre los cuales la ley no exija un medio de prueba específico y sobre hechos personales del confesante, al tenor de lo consagrado en el artículo 191 del Código General del Proceso, que se aplica en virtud de lo establecido en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo había lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada al demandante.

Por lo anterior y los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso en concreto había lugar a confirmar la decisión de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado No.27-2019-00604-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 1° de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, que declaró probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante (31:30 archivo "cita audiencia Art 80 CPT y SS").

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 3 a 9).

JORGE ORLANDO PATIÑO CARTAGENA solicitó se declare que es beneficiario del régimen de transición por acumular un total de 1.021,12 semanas de cotización en el RPM, que tiene derecho a la pensión de vejez bajo las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 con status jurídico desde el 10 de diciembre de 2014, intereses moratorios, indexación, costas procesales, condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que nació el día 10 de diciembre de 1954, es beneficiario del régimen de transición conforme al artículo 151 de la ley 100 de 1993 por haber sido trabajador de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá; que la demandada mediante Resolución GNR 86275 de fecha 25 de marzo de 2015, le negó la pensión de vejez; solicitó a Colpensiones corrección de historia laboral el 26 de mayo de 2016, por los periodos de 01 de agosto de 1971 al 31 de agosto de 1972 con el empleador Guadaira. Nuevamente solicitó la pensión de vejez el 05 de abril de 2019, la cual fue resuelta de forma negativa mediante Resolución No.150483 del 12 de junio de 2019, contra la cual presentó recurso de apelación el 26 de junio siguiente; que Colpensiones mediante Resolución DPE 6294 del 19 de julio de 2019 confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No.150483 de fecha 12 de junio de 2019 y que en toda su vida laboral cotizó un total de 1.021,12 semanas.

CONTESTACIÓN DEMANDA *(folios 45 a 50).*

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones indicando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no cumple con los requisitos para pensionarse con las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990; respecto de los periodos solicitados en corrección manifestó que el número patronal 01306112340 fue validado con el empleador DROGUERÍA CIA S.A con fecha de ingreso 01/07/1971 y retiro 07/10/1971 y se encuentran reflejados en la historia laboral. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor y a la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(31:30 archivo “cita audiencia Art 80 CPT y SS”)

El 1° de septiembre de 2021, el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido propuestos por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda elevadas por el accionante Jorge Orlando Patiño Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas al demandante Jorge Orlando Patiño Cartagena, se fijan agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente. **TERCERO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante Jorge Orlando Patiño Cartagena de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del CPTSS”

La Juez fijó como problema jurídico determinar si el demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez prevista por el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 10 de diciembre de 2014, junto con la indexación e intereses moratorios.

Para resolver, indicó que el demandante era trabajador de una empresa industrial y comercial del Estado del orden distrital, Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por lo que la Ley 100 de 1993 entró en vigor para el demandante el 30 de junio de 1995, siendo beneficiario del régimen de transición por cuanto a esa fecha contaba con 40 años de edad; que al 25 de julio de 2005, tenía más de 750 semanas cotizadas por lo cual se le extendió el régimen de transición hasta el

31 de diciembre de 2014, fecha para la cual acredita 60 años de edad, sin embargo adujo que en los últimos 20 años tiene solo 220 semanas y 963,14 semanas en toda su vida laboral; y que los tiempos solicitados en corrección no es posible computarlos a la historia laboral del demandante por cuanto durante el trámite procesal no se evidenció prueba de su cotización o relación laboral con el empleador GUADAIRA desde el 01 de agosto de 1971 hasta el 31 de agosto de 1972.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Para sustentar el recurso indicó que si bien el demandante contaba con una cotización por el periodo del 01 de julio de 1971 al 07 de octubre de 1971 con el empleador DROGUENAL CIA S.A.S, está demostrado que con derecho de petición radicado el 26 de mayo de 2016 bajo el No.2016_5394675 contaba con los respectivos anexos de que laboraba con el empleador GUADAIRA del 01 de agosto de 1971 al 31 de agosto de 1972, que por ende se deben computar 55,77 semanas cotizadas y que con ello configuraría el derecho a la pensión de vejez.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó el poder a la doctora Belcy Bautista Fonseca, identificada con la C.C 1.020.748.898 y T.P 205.907 a quien se reconoce como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones. En el escrito de alegatos se refirió a una controversia diferente a la debatida en esta acción. La parte demandante no presentó escrito alguno.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al demandante se le deben computar en su historia laboral las semanas de cotización comprendidas entre el 01 de julio de 1971 y el 31 de agosto de 1971 con el empleador GUADAIIRA; y en tal caso, si acredita los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JORGE ORLANDO PATIÑO CARTAGENA** nació el 10 de diciembre de 1954 (*archivo 10.1Anexos, GEN-ANX-CI-2019_10441140-20190802091259 expediente administrativo*); **ii)** que presentó solicitud de corrección de historia laboral en fecha 26 de mayo de 2016 mediante radicado 2016_5394675 (*pág. 1 y 2 archivo “GEN-RES-CO-2016_5394675-20160526121617” expediente administrativo*); **iii)** que el demandante le solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez el 05 de abril de 2019 mediante radicado 2019_4507257 (*folios 14 a 21*); **iv)** que COLPENSIONES le negó la pensión de vejez mediante Resolución SUB 150483 del 12 de junio de 2019 (*folios 22 a 26*); **v)** que presentó recurso de apelación contra la Resolución SUB 150483 del 12 de junio de 2019, el 28 de junio de 2019 bajo radicado 2019_8667251 (*folios 27 a 30*); **vi)** que COLPENSIONES mediante Resolución DPE 6294 del 19 de julio de 2019, confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 150483 de fecha 12 de junio de 2019 (*folios 32 a 35*).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realice su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ ha sostenido, pacífica y reiteradamente, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, SL4496 de 2021, SL025 de 2022, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro,

siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio.

- **Sobre la pensión de vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990.**

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez 60 años de edad si es hombre y 55 años de edad si es mujer y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

- **Sobre el régimen de transición para los empleados públicos del nivel departamental, municipal y distrital.**

El artículo 36 de la ley 100 de 1993 prevé como requisitos para ser beneficiario del régimen de transición tener 35 años si es mujer o 40 años si es hombre a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 o 15 años de servicios cotizados, así mismo el artículo 151 *ibídem* establece que la Ley 100 de 1993 entrará en vigencia para los empleados públicos del nivel departamental, municipal o distrital a mas tardar el 30 de junio de 1995.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio se tiene que no se discute que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se desempeñaba como empleado del sector distrital con la Empresa de Energía de Bogotá, por lo que la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos del orden territorial, entró en vigencia el 30 de junio de 1995 conforme lo dispuso el artículo 151 de la ley 100 de 1993 y el Decreto Distrital 348 de 1995, siendo beneficiario del régimen de transición, el cual se le extiende hasta el 31 de diciembre de 2014 por acreditar al 29 de julio de 2005 más de 750 semanas cotizadas.

En la historia laboral con fecha de expedición 18 de diciembre de 2019, allegada con el expediente administrativo, le reportan al DEMANDANTE un total de 963,14 semanas cotizadas.

Respecto al cómputo de los periodos del 01 de agosto de 1971 al 31 de agosto de 1972 con el empleador GUADAIRA no es posible tenerlos en cuenta por cuanto ni en el expediente administrativo, ni en la demanda y sus anexos se aportó prueba de la prestación efectiva del servicio, de su afiliación y pago de dichos periodos, razón por la cual no es posible sumarlos a la historia laboral del demandante. De acuerdo con el hecho No.4 de la demanda, la razón social GUADAIRA reportaba al ISS con el numero patronal 01306112340 pero corroborada esta información con el contenido del reporte tradicional de semanas, expedido por COLPENSIONES el 28 de octubre de 2016 (*archivo GEN-RES-CO-2016_11543375...*), con ese código reportaba el empleador Droguenal CIA S.A., quien registró novedad de ingreso al demandante para el periodo 1° de julio de 1971 y novedad de retiro 07 de octubre de 1971, periodo que aparece validado como semanas cotizadas efectivas.

Además, no le asiste razón a la apoderada del demandante cuando manifiesta que se aportaron todos los documentos necesarios a la demandada COLPENSIONES para que incluyera los periodos del 01 de agosto de 1971 al 31 de agosto de 1972. Lo anterior, por cuanto en el expediente administrativo de COLPENSIONES se observa que el radicado No. 2016_5394675 de fecha 26 de mayo de 2016 en los documentos aportados por el demandante para corrección de su historia laboral corresponden a documento de identidad, formulario de corrección de historia laboral datos básicos del afiliado y formulario de corrección de historia laboral periodo 67-94 y tiempos AFP (pág. 1 y 2 archivo “GEN-RES-CO-2016_5394675-20160526121617” expediente administrativo), sin que exista documento anexo adicional.

Por lo tanto, la falta de afiliación y la falta de certeza de la relación laboral, impide aplicar la regla jurisprudencial de la mora del

empleador, puesto que se requiere la total ausencia de duda en la prestación efectiva del servicio, motivo por el cual no es viable tener en cuenta los periodos reclamados, como se ha señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, SL4496 de 2021, SL025 de 2022, SL1116 de 2022, entre otras.

Ahora bien, al estudiar el caso del demandante se logra concluir que no cumple los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez bajo los presupuestos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues si bien es beneficiario del régimen de transición y el mismo se le extiende hasta el 31 de diciembre de 2014, en dicha fecha acumula 963.14 semanas. Y en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, acumula un total de 220 semanas cotizadas. Por ende, no logra acreditar 1.000 semanas cotizadas en toda la vida laboral ni 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, no configurándose el derecho pensional.

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

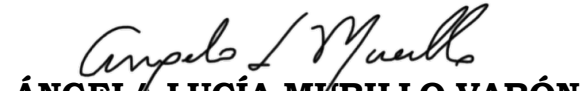
RESUELVE

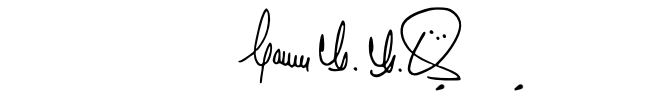
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.28 2015 00270 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia del 13 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (CD folio 839).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ROSA ELENA LEMECHE QUINTO, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE (hoy mayor de edad) y E.N.A.L. (solo se incluyen las iniciales del nombre por protección del menor), presentó demanda ordinaria laboral en contra de CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP - TGI S.A. ESP, con el fin de que se declare que entre el causante ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON (q.e.p.d.) y la demandada CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, existió un contrato de trabajo a término indefinido en el que se desempeñó como ayudante de soldadura en el ensamble y colocación de tubería para la conducción de gas, el cual finalizó por la muerte del trabajador. Como consecuencia de lo

anterior, pide que se condene solidariamente a las demandadas al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante por la muerte de su esposo y padre, perjuicios morales, indexación y costas del proceso.

Manifestó que el causante fue vinculado a la demandada CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor a partir del 13 de febrero de 2012; que el objeto del contrato era desempeñar las funciones inherentes al cargo de obrero del proyecto consistente en la construcción de los Loop Fase II del proyecto de Expansión desde Cusiana para el tramo 3; que el objeto social de la demandada es el diseño, construcción, montaje y mantenimiento de oleoductos y gasoductos.

Señaló que el día 15 de abril de 2012, hacía las 10:30 de la mañana en el sector PK89 X 450 *Suna*, se encontraba el grupo de trabajo designado para cruce de la quebrada la *Suna* en el Municipio de Miraflores, entre quienes debían estar los operadores de las retroexcavadoras, soldadores, ayudantes de soldadura, supervisor y capataz; que después del alistamiento de la tubería y demás equipos para empalmar y soldar los tubos, se decide ejecutar el traslado del tubo que se encuentra fuera de la zanja para colocarlo al interior de la misma y así proceder a su empalme y soldadura; que en dicho traslado el operador de la retroexcavadora, golpea con el tubo levemente los gatos de la retroexcavadora, al terminar la operación al interior de la zanja los conductores de las retroexcavadoras se bajan a revisar los daños causados por el choque; en la zanja el causante ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN realizaba el alistamiento del bisel para el empalme y soldadura del tubo, labor que una finalizada, se procede a indicarle al operador de la retroexcavadora para que hiciera el respectivo movimiento del tubo para empalmarlo, como el conductor de la retroexcavadora se encontraba fuera de su cabina, sube rápidamente a la misma, retira el seguro de la máquina pesada y la pierna del operario mueve un control que ocasiona que el brazo de la retroexcavadora gire bruscamente hacía la izquierda atrapando en su recorrido contra el talud a ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN.

Informó que según la epicrisis que entregó el hospital, el causante sufrió un trauma cerrado de abdomen, choque séptico de origen

abdominal, choque cardiogénico, fractura de pelvis, retroperitoneo y falla multiorgánica renal, hepática, respiratoria y neurológica, que finalmente le ocasionó la muerte.

Aduce que el empleador omitió realizar labores de capacitación, inducción, vigilancia y control a los operadores de las retroexcavadoras LINK BELT e HITACHI, en el sentido de indicarles que por ningún motivo pueden abandonar las cabinas de sus máquinas mientras se realiza un montaje y soldadura de los tubos a instalar en zanja; que el empleador no cumplió con el deber de elegir personal capacitado para operar las retroexcavadoras, pues el informe señala que el operador de la retroexcavadora LINK BELT no tenía idoneidad para manejar dicha máquina, al punto que en ocasiones anteriores el supervisor Diego Osorio, debió apartarlo de la labor; que el manejo de maquinaria pesada como las retroexcavadoras es considerada como una actividad de alto riesgo, pero la empleadora no realizó su labor de supervisión, vigilancia y control en el lugar de trabajo, pues en el momento en que se produjo el impacto entre excavadoras se debió suspender toda actividad para continuar con la operación de empalme y soldadura de tubos, como lo ordenan las normas de la misma empresa.

Agrega que la demandada TGI beneficiaria de la obra, realizaba la interventoría de la ejecución del proyecto por intermedio de ACI proyectos, pero ésta tampoco cumplió con la obligación de vigilancia y cuidado sobre la ejecución de las labores asignadas al grupo de trabajo el día que ocurrió el accidente. Refiere que en el informe presentado a la ARL quedó constancia que en el lugar de los hechos no había equipo de emergencia como médico, brigadista o ambulancia, pues el actor fue atendido por obreros compañeros y fue trasladado al Hospital Miraflores en una camioneta; que las demandadas no realizaron en debida forma la selección de los operadores de retroexcavadoras, ni tampoco les brindaron la capacitación, ni se les realizó la vigilancia y supervisión respectiva, pues no podían descender de las cabinas para verificar los daños sufridos por el impacto entre ellas; que tampoco se impidió la continuación de labores de dichas máquinas a sabiendas que estaban en un terreno inclinado y fangoso. Indicó que las demandadas deben responder de manera solidaria,

pues TGI es propietaria y beneficiaria de la obra en que prestaba servicios el causante (fls. 1 a 16).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COLOMBIA COMPAÑÍA ANÓNIMA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el parentesco de los demandantes con el trabajador fallecido, la existencia de relación laboral, los objetos sociales de las empresas demandadas, el golpe que se presentó entre las dos retroexcavadoras y el descenso de los operadores de la cabina, la ocurrencia del accidente de trabajo y la muerte del trabajador, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de culpa patronal y configuración del hecho por un tercero, prescripción, pago, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe (fls. 240 a 273). Solicitó el llamamiento en garantía de la aseguradora SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. (fls. 271).

TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó lo relacionado con la existencia de los hijos del trabajador fallecido y los objetos sociales de las empresas demandadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la solidaridad pretendida, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho de un tercero, cobro de lo no debido y prescripción (fls. 443 a 460). Solicitó el llamamiento en garantía de la aseguradora SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. (fl. 454).

Mediante autos del 15 de julio de 2015 y 31 de agosto de 2016, el juzgado aceptó los llamamientos en garantía de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. (fls. 429 a 431 y 719).

SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la

causa por activa, ausencia de cobertura de los perjuicios reclamados bajo la póliza de seguro de vida grupo colectivo No.21-85-1000000315, límite de responsabilidad del valor asegurado y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro (fls. 731 a 740).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 13 de mayo de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a las sociedades demandadas solidariamente CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. **TERCERO: DESVINCULAR** de este trámite a la aseguradora Seguros de Vida del Estado **CUARTO:** Las costas de esta instancia se encuentran a cargo de la parte actora. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de esta y a favor de cada una de las demandadas. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá consultar con el superior en tanto le resulto totalmente adversa a los intereses de los demandantes”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si existió culpa patronal en el accidente de trabajo sufrido por ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN. Para resolverlo indicó que, al revisar las pruebas del expediente, se advierte que la demandada no incurrió en culpa alguna dentro del accidente de trabajo que provocó el fallecimiento de ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN, que las razones expresadas por la parte demandante como constitutivas de culpa por parte de las sociedades fueron descartadas en su totalidad con las pruebas aportadas y por ello negó las pretensiones de la demanda.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la demandada TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP presentó alegaciones y al efecto solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Por su parte, los demandantes solicitaron en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y se defina la existencia de culpa de las demandadas en el accidente de trabajo que sufrió ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) y que ocasionó su muerte.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPT y SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida al demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si medió culpa patronal en el accidente de trabajo sufrido por ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) y en dado caso establecer si es procedente la condena de los perjuicios solicitados, la responsabilidad solidaria y el alcance del llamamiento en garantía.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) y la demandada CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COLOMBIA COMPAÑÍA ANÓNIMA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada desde el 13 de febrero de 2012 y en el desarrollo del mismo ocupó el cargo de obrero y luego el de ayudante de soldadura (fls. 22 a 26 y 198); **ii)** que ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) sufrió un accidente de trabajo el 15 de abril de 2012 (fls. 27 a 36 y 54); **iii)** que ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN falleció el día 21 de abril de 2012 (fl. 164); **iv)** que ROSA ELENA LEMECHE QUINTO y el causante eran cónyuges desde el 23 de diciembre de 2000 (fl. 165); **v)** y que NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE y ENAL son hijos del causante y la demandante (fls. 166 y 167).

- Responsabilidad por culpa patronal

El artículo 56 del CST consagró la obligación del empleador de brindar protección y seguridad a sus trabajadores. El artículo 57 *ibídem* obliga a todo empleador a poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados para realizar las labores y procurarles locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales, para así garantizar razonablemente la seguridad y salud de los trabajadores.

Las anteriores obligaciones concuerdan con el artículo 348 CST, al disponer que todo empleador y empresa están obligados a suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de sus trabajadores, así como practicar los exámenes médicos a su personal y adoptar las medidas de higiene y seguridad indispensables para proteger la vida, salud y moralidad de sus trabajadores.

En el mismo sentido, el Convenio 167 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre seguridad y salud en la construcción ratificado por Colombia, mediante la Ley 52 de 1993, aplicable a todas las actividades de construcción, prevé que los empleadores deben adoptar todas las precauciones adecuadas para

garantizar que todos los lugares de trabajo sean seguros y estén exentos de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, contando incluso con el deber de adoptar medidas inmediatas para interrumpir las actividades cuando haya un riesgo inminente para la seguridad de los trabajadores.

Así, por mandato legal, el empleador tiene la obligación de garantizar y procurar la seguridad y salud de sus trabajadores, motivo por el cual el artículo 216 CST señala que, de existir culpa suficientemente probada del empleador, en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional de su trabajador, será entonces el empleador obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Sobre la naturaleza y alcance de la precitada responsabilidad por “*culpa patronal*”, la H. CSJ diferencia la responsabilidad objetiva de las ARL de reconocer las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales, de la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, consagrada en el artículo 216 CST, por la cual el empleador debe resarcir, de forma plena e integral, todos los perjuicios sufridos por el trabajador por la materialización de un riesgo laboral, siempre y cuando medie culpa del empleador, suficientemente probada, en la ocurrencia del daño, sentencias SL Rad 39.446 del 14 de agosto de 2012, SL17058 de 2017, SL806 de 2022, entre otras.

La misma Corporación ha señalado que la responsabilidad por culpa patronal surge solo si se acredita: i) la culpa leve del empleador o, en casos excepcionales, su culpa grave ante casos de riesgo excepcional, por negligencia, imprudencia o impericia, en la materialización de los riesgos genéricos y específicos que dan lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional; ii) el daño cierto, cuantificable y antijurídico del trabajador, generado por causa o con ocasión del trabajo; iii) el nexo de causalidad entre el daño y la culpa probada del empleador. Dichos requisitos han sido reiterados en las sentencias SL6497 de 2015, SL1911 de 2019, SL2513 de 2021, SL5656 de 2021, entre otras.

Respecto la carga de la prueba, la H. CSJ señala que corresponde al DEMANDANTE acreditar la culpa del empleador por incumplir la obligación de protección y cuidado de sus trabajadores, mientras que el

DEMANDADO tiene la carga de demostrar el cumplimiento diligente y cuidadoso de dicha obligación para exonerarse de responsabilidad, conforme los artículos 1604 1757 CC y 167 CGP. La precitada regla jurisprudencial ha sido reiterada en providencias SL4913 de 2018, SL261 de 2019, SL2845 de 2019, SL5154 de 2020, SL1194 de 2022, entre otras.

De forma excepcional, cuando el DEMANDANTE alega que la culpa del empleador deriva de negligencia u omisión, se traslada al DEMANDADO la carga de demostrar que adoptó medidas pertinentes para proteger la salud y la integridad física del trabajador, tal como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5154 de 2020, SL5302 de 2021, SL806 de 2022, entre otras.

Además, al analizar la procedencia de la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST, la jurisprudencia ha estimado que al mediar el actuar de otro compañero del trabajo en la ocurrencia del accidente de trabajo, ello no libera al empleador de su responsabilidad en la medida que responde por el daño causado por sus trabajadores, a menos que aparezca probado que el comportamiento dañino de éstos no fue el propio de su condición o calidad de trabajadores, representantes, dependientes o servidores en general, y que dicho comportamiento no pudo ser previsto o impedido por el empleador no obstante emplear el cuidado ordinario y la autoridad competente para tal efecto, sentencias SL CSJ SL5619-2016, SL2906-2020, entre otras.

Así, con apoyo en los precedentes reseñados, el solo incumplimiento en la diligencia del cuidado ordinario o mediano genera la responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar los perjuicios acaecidos al trabajador.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, se advierte que en el expediente se encuentra acreditado que el día 15 de abril de 2012 ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON (q.e.p.d.) sufrió un accidente de trabajo descrito de la siguiente manera: *“Don Elver Orlando Aguirre (ayudante de soldadura) se encontraba dentro de la zanja a la margen*

*derecha de la excavación en sentido de flujo (dirección en la que fluye el gas desde el origen al punto de almacenamiento o distribución) acomodando polines para la estabilización del área en donde se iba a soldar. En la zona se encontraba otro esmerilador quien indica al alineador (también en la zanja) que ya está listo para preparar la boca del tubo a enfrentar, el alineador se desplaza a la punta opuesta del tubo a soldarse e indica al operador de la retroexcavadora Link-Belt que haga el movimiento **(este está fuera del equipo) el operador sube se sienta,** (afirma ponerse el cinturón), toma el mando derecho (de manejo del brazo), retira el seguro de la maquina y en ese preciso momento el brazo de la maquina gira bruscamente hacia la izquierda en su recorrido atrapa con el talud de la excavación al señor Elver Orlando Aguirre, lo arrastra y cuando termina el recorrido por el talud cae nuevamente a la zanja. El brazo de la retro continua su recorrido y el balde atrapa la pierna derecha del señor Derian Villamizar (quien se encontraba en la oruga de la retroexcavadora) contra la escalerilla de la retroexcavadora Hitachi...)¹ SIC, (fl. 28).*

Como consecuencia de este hecho, ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON (q.e.p.d.) sufrió choque séptico de origen abdominal, peritonitis fecal, trauma cerrado de abdomen, perforación recto-sigmoide, hematoma retroperitoneal, choque hipovolémico secundario, fractura inestable de pelvis con lesión en libro abierto, fractura rama ileosquiatica izquierda, politraumatismo (fl.17), cuadro clínico que lamentablemente le produjo la muerte el 21 de abril siguiente (fl. 164).

Demostrada la existencia del accidente y el daño a la integridad del trabajador, la parte demandante aduce que existió culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo y la fundamentó, de acuerdo con lo narrado en los fundamentos de hecho y derecho de la demanda, entre otros, en que éste “no realizó en debida forma la selección de operadores idóneos en el manejo de retroexcavadoras como tampoco las funciones de capacitación, vigilancia, supervisión, control sobre el cumplimiento de los deberes de los trabajadores a su mando”

¹ Resaltado fuera de texto.

Así las cosas, le correspondía a la parte demandada acreditar su conducta diligente aportando las pruebas pertinentes y conducentes a determinar que adoptó medidas preventivas de protección y seguridad tendientes a proteger la integridad de sus trabajadores y evitarles un daño o menoscabo en la salud y, además, que la acción llevaba a cabo por el empleado que generó el movimiento repentino de la retroexcavadora y, con ello, el accidente, no podía ser previsto o impedido por el empleador.

Al efecto, se allegaron, entre otras, las siguientes pruebas:

i) Investigación de accidente de trabajo (fls. 27 a 36); **ii)** informe de accidente de trabajo (fls. 54 y 55); **iii)** identificación de peligros y valoración de riesgos (fls. 59 a 91); **iv)** programa de salud ocupacional (fls. 92 a 122); **v)** procedimiento de alineación y soldadura de tubería (fls. 123 a 145); **vi)** análisis de trabajo seguro (fls. 146 a 48 y 389 a 393); **vii)** descripción del cargo de supervisor mecánico, soldador (fls. 192 y 193); **viii)** declaraciones de trabajadores sobre el accidente de trabajo (fls. 275 a 290, 375, 378 y 379); **ix)** hoja de vida, certificados de experiencia, inducción y capacitaciones de Melquisedec Ávila Fonseca, conductor de la retroexcavadora que ocasionó el accidente (fls. 306 a 318); **x)** plan de evacuación médica (fls. 351 a 365); **xi)** contrato de arrendamiento de la maquinaria pesada operada por Melquisedec Ávila y hoja de mantenimiento (fls. 366 a 368); **xii)** inspección de retroexcavadora (fls. 376, 377 y 381); **xiii)** matriz de identificación de peligros, valoración de riesgos y determinación de controles (fls. 386 a 388); **xiv)** permisos de trabajo (fls. 395 y 395); **xv)** procedimiento de cruces de corrientes principales y secundarias (fls. 396 a 406); **xvi)** divulgación de ATS (fls. 407 y 408); **xvii)** y autorización a personal, notificación de riesgos, divulgación de ATS y control de asistencia a formación (fls. 636 a 654).

Además de la prueba documental allegada por las partes, se recaudó el interrogatorio de Javier Enrique Escobar Medina, representante legal de CONFURCA (min. 54:10 audio 1, 08 de febrero de 2021, CD fl. 834), quien informó el objeto social de la compañía, la forma en que se contratan los obreros, hizo un relato de los hechos ocurridos el 15 de abril de 2012, señalando que la supervisión o vigilancia de los

trabajadores estaba a cargo del capataz Delian Villamizar encargado de las laborales y de todas las actividades del proceso; advirtió que la retroexcavadora que causó el accidente se había alquilado y a todo el personal antes de iniciar sus actividades se da una inducción, se le mostraba los riesgos a los que están sometidos, se da una charla todos los días antes de comenzar actividades por parte del capataz Villamizar para informar los procedimientos de las actividades que se estaban ejecutando, soldadura, empalme de tuberías tapado de zanjas, todas esas actividades; que por parte de la demandada TGI se daba un permiso diario donde se obligaban a comunicarle todos los días al personal los procedimientos que se iban a ejecutar, se analizaba todo lo que se necesitaba para esa actividad y se divulgaba, también los procedimientos en caso de emergencia; aceptó que el operador de la máquina que causó el accidente era empleado de la compañía y que ese día se presentó un incidente en las máquinas pero mucho antes del accidente; que mientras no se esté haciendo una actividad o no se tenga una carga suspendida, cualquier operador se puede bajar de la máquina y que cuando los trabajadores se bajaron de las máquinas no se estaba efectuando ningún tipo de operación; que ese tipo de máquinas que son oruga no de caucho, pueden trabajar en cualquier terreno así sea fangoso y de pendiente, pues eso no es limitante para ejercer ese tipo de actividades; que el accidente se generó por la mala acción del operador de la máquina Melquisedec, quien tenía suficiente competencia y experiencia para ejercer dicha actividad; que se hacían capacitaciones con frecuencia; refirió que el día del accidente habían por lo menos 7 u 8 personas laborando, quienes estaban capacitados para actuar en caso de una emergencia y todos cumplían los protocolos de seguridad, el superior era Diego Osorio.

Se escuchó el testimonio de Ramon Marzo González (Min. 00:59, audio 2 del 08 de febrero de 2021, fl. 834) quien dijo trabajar para la sociedad demandada CONFURCA desde 1999 pero no estuvo presente en la obra al momento del accidente, refiere que se hacen capacitaciones, que la máquina retroexcavadora estaba nueva, que las personas eran aptas para las labores y cumplían las exigencias requeridas, que lo que se presentó fue un hecho fortuito e involuntario del operador. Por su parte, Erika Patricia Gualdron Rojas (min. 24:58, audio 2 del 08 de febrero de 2021, fl. 834) trabajadora de TGI S.A. informó que supo que se

presentó el accidente y el posterior fallecimiento del trabajador, quien era trabajador de CONFURCA para la construcción del tramo 3 del gasoducto de Cusiana. De los demás aspectos sus respuestas fueron genéricas y no concretas frente a la situación particular del trabajador fallecido.

También se recibió la declaración de Oscar Daniel Huertas Rojas (min. 39:50, audio 2 del 08 de febrero de 2021, fl. 834), quien trabajó con la empresa interventora que tenía TGI para el momento del accidente, ACI PROYECTOS S.A.S., desempeñaba el cargo de coordinador de HSE de interventoría para el proyecto donde ocurrieron los hechos del accidente; dijo que el objeto de la interventoría era verificar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, entre otras, trabajó ahí desde 2010 a 2012, hasta cuando el proyecto estaba a punto de finalizar; que hacían verificación de todos los documentos de ingreso del personal para poder darles vía libre para que ingresaran a las labores de campo y obra, verificar cumplimiento de normas de salud en el trabajo; realizaban capacitaciones diarias de las actividades a las 7 am, que la empresa entregaba un informe de las capacitaciones e inducciones que se habían realizado en el mes; que, para el caso del causante, la interventoría verificó las capacitaciones e inducción brindada y su participación en las charlas diarias, tenía permiso de trabajo; refiere que en cada frente de trabajo desde el día anterior se debía firmar un permiso de trabajo en el cual se verificaba de manera general las pautas de seguridad a tener en cuenta; para este caso era una bajada de tubería que no implicaba mayor riesgo sino el del manejo de los equipos que se emplean en esa actividad y éste se había firmado porque se cumplían las normas de seguridad para la ejecución de la tarea, y que en cada obra había un inspector y un coordinador, no estuvo en la obra el día del accidente pero hasta donde tuvo conocimiento los inspectores de obra se habían retirado para un frente de obra cercano.

La testigo Elsa Janeth García Parada (min. 03:30, audio 3 del 08 de febrero de 2021, fl. 834) refirió conocer a la demandante hace más de 15 años, dio fe de la existencia de los dos hijos y la dependencia que tenían la demandante del trabajador fallecido, pero no le consta de forma directa la situación fáctica acaecida.

Y, por último, se recaudó la declaración de Antonio González Roncancio (min. 06:30, audio 3 del 08 de febrero de 2021, fl. 834), quien fue compañero del trabajador fallecido en CONFURCA, laboraba como ayudante de soldador, si bien estuvo el día del accidente en la obra no lo presenció directamente, indicó que la obra se estaba desarrollando en un río y una maquina se fue de lado; que recibían charlas habituales como de media hora, pero que el día del accidente no le hicieron la charla, pero estaban en un buen sitio para desarrollar el trabajo; que operador estaba al lado de la máquina, y tenían todo lo de seguridad.

Pues bien, una vez analizado en conjunto la totalidad de las pruebas, la Sala no encuentra elementos suficientes que acrediten la debida diligencia de CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA S.A., ni que hubiera desplegado medidas preventivas y de protección, en la actividad específica que realizaban los trabajadores al momento de ocurrir el accidente de trabajo.

De acuerdo con la revisión de cada una de las documentales, la Sala advierte que el accidente de trabajo no se generó por falta de implementos de protección personal de los trabajadores que estaban prestando el servicio en la obra el 15 de abril de 2012, pues fueron suministrados por el empleador, aspecto que se corrobora con lo señalado por los testigos, especialmente, por Antonio González Roncancio y Oscar Daniel Huertas Rojas, o que se haya generado por un actuar inadecuado de ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON (q.e.p.d.), puesto que estaba cumpliendo a cabalidad las funciones para las cuales había sido contratado. Lo que se reprocha y quedó demostrado en el juicio es que se presentó una falta de prevención y control de los riesgos laborales y una indebida supervisión para el cumplimiento de los protocolos por parte de CONFURCA, que derivó en un acto involuntario de un compañero de trabajo de ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON.

En efecto, en la investigación del accidente de trabajo de fecha 30 de abril de 2012, realizada por personal del mismo empleador, que no fue desconocida ni objeto de reproche por la parte pasiva, contiene de manera clara las particularidades acaecidas el día del siniestro, recogió los relatos

de los trabajadores que presenciaron el accidente (Luis Enrique Duarte Diaz, Jose Alejandro Llaine Medina, Yuber Yesid Medina Vega, Nixon Urueña Perez, Carlos Alberto Contreras Mancilla y Nestor Lopez Morales) y, sobre todo, luego de realizado el estudio, incluyeron las principales causas que derivaron en la acción desplegada por el operador de la retroexcavadora, las cuales no fueron desvirtuadas en la presente causa, prueba que merece toda la credibilidad.

En la referida investigación, obrante a folios 27 a 34, se señalaron como causas del accidente las siguientes:

1. El operador del equipo que realizó el movimiento de la carga no se percató que debido a su posición (altura de la silla de inclinación por pendiente de terreno) su pierna izquierda generó presión sobre el mando del giro de la tornamesa y una vez retiró el seguro del equipo la tornamesa giró bruscamente hacia el lado izquierdo.
2. Hubo maniobras inseguras pues parte del personal se encontraba en la oruga de la retroexcavadora Hitachi evitando la condición del barro de terreno.
3. Se presentó exceso de confianza en el grupo de trabajadores debido a ejecución de trabajos de mayor dificultad en días anteriores.
4. La pendiente del terreno contribuyó a que el operador recostara su pierna sobre el mando de giro de la tornamesa de la retroexcavadora.
5. Los operadores de maquinaria pesada no asumieron con responsabilidad y compromiso el cumplimiento de sus restricciones establecidas, al no acatar el mantenerse dentro de las cabinas de sus equipos cuando estos estaban prendidos.
6. A pesar de la existencia de normas internas, procedimientos y recomendaciones de seguridad referentes a no permitir que los operadores de los equipos se salgan de sus cabinas mientras están en operación, los dos operadores de las retroexcavadoras se salen de la cabina a revisar un daño menor de uno de los equipos, siendo esta una conducta permisiva del responsable del frente de trabajo e incumpliendo con los estándares establecidos.

7. Antes de presentarse el accidente se había presentado un incidente, sin que se detuviera la actividad para evaluar la situación que se había presentado.

Precaución y adopción de medidas que debieron cumplirse pues en el procedimiento de cruces corrientes principales y secundarias, (fls. 396 a 406), se estableció que todo incidente debe ser reportado inmediatamente, que el supervisor tiene la función de verificar y controlar que las actividades descritas en los procedimientos se cumplan, que es un riesgo de salud ocupacional el hecho de que los operadores de maquinaria permanezcan demasiado tiempo sentados, que los operadores de maquinarias deben estar atentos al movimiento de las personas alrededor de sus máquinas y que se deben eliminar todos los obstáculos que puedan generar riesgos durante el desarrollo de la actividad. Además, en el análisis de trabajo seguro para la actividad de alineación y soldadura se estableció que los sitios con inclinación constituyen un riesgo locativo (fl. 389), protocolos de manejo interno que no se cumplieron a cabalidad.

Lo anterior cobra mayor relevancia en la medida que quedó demostrado en el proceso que el día del accidente, 15 de abril de 2012, se presentó un incidente con las maquinas retroexcavadores y a pesar de ello se continuó cumpliendo la actividad, sin que se demostrara que hubo prohibición, suspensión o interrupción de la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adoptaran las medidas correctivas (Convenio 167 OIT), que el conductor de la retroexcavadora Link-Belt antes de realizar la maniobra se encontraba fuera de la maquina a pesar de existir normas internas que le impedían salir de la cabina, situaciones que no fueron oportunamente advertidas por parte del supervisor o capataz de la obra y, además, que se presentaba una leve inclinación en el terreno donde estaban adelantando las actividades y, por ende de la retroexcavadora, conforme se observa en la descripción detallada del lugar del evento contenida en la investigación del accidente de trabajo. Si bien no se puede inferir que de haberse cumplido cada uno de los protocolos y procedimientos se hubiera evitado el accidente, lo cierto es que la realización de las actividades bajo un escenario seguro disminuiría la presentación de los riesgos en la salud y la vida del trabajador.

El representante legal de CONFURCA en el interrogatorio señaló que mientras no se esté haciendo una actividad o no se tenga una carga suspendida, cualquier operador se puede bajar de la máquina sin inconveniente, sin que en el expediente haya soporte alguno que refuerce su afirmación. Al contrario, su dicho se desvirtúa con la investigación del accidente de trabajo donde se constató que la retroexcavadora estaba en servicio y el operador debía estar en la cabina, no en la parte exterior de la máquina.

No es suficiente que el empleador, como en este caso, manifieste que realizaron las respectivas capacitaciones, se entregaron todos los elementos de protección o que los trabajadores tenían una gran experiencia en el manejo de retroexcavadoras, pues de advertirse el incumplimiento de sus obligaciones debe responder a título de culpa.

Debe recordarse que, conforme el órgano de cierre de la especialidad laboral, las normas relativas a la seguridad del trabajo son responsabilidad del empleador, teniendo la obligación de eliminar al máximo factores de riesgo inherentes al talento humano, como la monotonía que se puede presentar por el ejercicio repetitivo de labores, que pueden dar lugar a la comisión de errores, (CSJ SL4397 de 2020), que fue otra de las causas determinantes en el accidente de trabajo, conforme quedó consignado en la investigación referida.

Y si bien quedó demostrado que el accidente que sufrió ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) se generó con ocasión de una acción involuntaria de un compañero de trabajo, ello no libera al empleador de su responsabilidad en la medida que responde por el daño causado por sus trabajadores, en los términos del artículo 2349 del Código Civil (CSJ SL5619-2016, SL2906-2020), más aún cuando en el presente caso quedó demostrado que la acción insegura realizada por el operador de la retroexcavadora había podido mitigarse con una supervisión adecuada, no solamente del terreno (dado que presentaba una leve inclinación para el uso de las retroexcavadoras) sino de las acciones adelantadas por los operarios, por lo que es evidente el nexo

causal que existió entre la omisión del empleador y el desafortunado suceso.

Por lo tanto, para la Sala no hubo un actuar diligente de la demandada para precaver o evitar poner en riesgo la salud e integridad de sus trabajadores, específicamente de ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.), por ello la única conclusión posible en el caso bajo estudio es que CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, incurrió en la culpa patronal que se le endilga, razón suficiente para revocar la sentencia consultada.

Definida la culpa del empleador en el presente asunto, pasa la Sala a estudiar los perjuicios que se derivan de la misma.

La parte demandante reclama el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y perjuicios morales, debidamente indexados.

- **Lucro cesante**

Este perjuicio material se encuentra definido en el artículo 1614 del CC, y comprende tanto el consolidado como el futuro. El primero es aquel que se causa desde la terminación del contrato a la fecha del fallo y el futuro el que se llegare a causar hasta la fecha probable de vida que tenía el trabajador.

En materia de perjuicios materiales ocasionados a terceros por la muerte accidental de una persona, ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que están legitimados para demandar el resarcimiento correspondiente, quienes por tener una relación jurídica con la víctima, sufren una lesión en el derecho que nació de ese vínculo, por lo cual es necesario demostrar la dependencia efectiva de su subsistencia, total o parcial, con respecto del causante, excepto que se trate de obligaciones que emanan de la propia ley, como por ejemplo las alimentarias de los padres para con sus hijos menores, caso

en el cual no se requiere de prueba (CSJ SL 31.948 de 2012, 36.306 de 2014, SL7576 de 2016 y SL 5154 de 2020, entre otros).

En este asunto, es evidente que los hijos reconocidos por ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.), NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE y E.N.A.L., según registros civiles de nacimiento (fls. 166 y 167), eran dependientes económicos del trabajador al momento del fallecimiento. Y frente a ROSA ELENA AGUIRRE PINZON acredita su calidad de conyugue del trabajador fallecido, conforme registro civil de matrimonio obrante a folio 165 del expediente físico, nupcias contraídas por el rito católico desde el 23 de diciembre de 2000. Frente a la dependencia económica de ROSA ELENA, respecto de su esposo, se recibió el testimonio de Elsa Janeth García Parada quien manifestó conocer a la demandante desde hace más de 15 años y aseguró que ella dependía completamente del trabajador fallecido, si bien solo se recaudó esta prueba para demostrar la dependencia, a juicio de la Sala esta es suficiente para acreditar este presupuesto, en la medida en que fue una víctima indirecta del daño ocasionado y es evidente que se generó un detrimento en su capacidad económica para atender sus propias necesidades. Bajo este escenario, la parte demandante está legitimada para reclamar los perjuicios derivados de la muerte del trabajador.

Para efectos de liquidar el lucro cesante consolidado, se tendrá en cuenta como extremo inicial el 20 de abril de 2012, fecha en que terminó el contrato de trabajo por muerte del trabajador (fl. 292) hasta la fecha de esta sentencia. Como salario se tomará el obtenido por el empleador como base para la liquidación de prestaciones sociales \$1.715.569 (fl. 292), suma de la cual se descontará el 25% (\$428.892,25), que es el porcentaje que ha precisado la CSJ como el que destina el trabajador para cubrir sus gastos personales (CSJ SL695-2013, CSJ SL4913-2018, SL5154-2020), por lo que la base de liquidación se concreta en el monto de \$1.286.676,75, suma que actualizará (indexación) a valor presente. Y para liquidar el lucro cesante futuro, además del salario referido, se tendrá en cuenta la fecha de la presente sentencia hasta la fecha probable de la vida de la cónyuge sobreviviente y el cumplimiento de los 25 años de edad de los hijos del trabajador fallecido.

Efectuadas las operaciones aritméticas respectivas, se obtiene por lucro cesante las siguientes sumas:

A favor de ROSA ELENA LEMECHE QUINTO:

LIQUIDACIÓN - CÁLCULO LUCRO CESANTE A FAVOR DE ROSA ELENA LEMECHE QUINTO	
DATOS RELEVANTES: CAUSANTE	
CAUSANTE	ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON
SEXO	MASCULINO
FECHA NACIMIENTO	16-mar-74
EDAD FALLECIMIENTO	38 AÑOS
DATOS RELEVANTES: CÓNYUGE CAUSANTE	
NOMBRE CONYUGE	ROSA ELENA LEMECHE QUINTO
SEXO	FEMENINO
FECHA NACIMIENTO	18-ago-77
EDAD	34
DATOS RELEVANTES	
FECHA FALLECIMIENTO	21/04/2012
FECHA DETERMINANTE	21/04/2012
FECHA REALIZACIÓN CÁLCULO	30/09/2022
DATOS RELEVANTES ECONÓMICOS	
SALARIO BASE	\$1.715.569
IPC FECHA ACCIDENTE	76,19
IPC FECHA CÁLCULO	111,41
TASA INTERES ANUAL	0,5%
TASA INTERES MENSUAL	6%
PORCENTAJE SALARIO BASE LIQUIDACIÓN	75,00%
LIQUIDACIÓN LUCRO CESANTE CONSOLIDADO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
DATOS RELEVANTES CÁLCULO	
MESES TRASCURRIDOS A LA FECHA DE LA SENTENCIA	125,4666667
SALARIO BASE ACTUALIZADO (PORCENTAJE CONYUGE 50%)	\$940.731
Sn	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
FÓRMULA	VA = LCM * Sn
CÁLCULO	\$ 163.628.089
TOTAL	\$163.628.089,05
LIQUIDACIÓN LUCRO CESANTE FUTURO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
DATOS RELEVANTES CÁLCULO	
ESPERANZA VIDA CAUSANTE (AÑOS)	33,4
ESPERANZA VIDA CÓNYUGE (AÑOS)	40,9
MENOR ESPERANZA VIDA EN MESES	400,8
SALARIO BASE ACTUALIZADO (PORCENTAJE CÓNYUGE 50%)	\$940.731
An	$\frac{(1+i)^n-1}{i(1+i)^n}$
FÓRMULA	VA = LCM * An
CÁLCULO	162658150,3
TOTAL	\$162.658.150,31

A favor de NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE:

CÁLCULO LUCRO CESANTE A FAVOR DE NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE	
DATOS RELEVANTES: CAUSANTE	
CAUSANTE	ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON
SEXO	MASCULINO
FECHA NACIMIENTO	16-mar-74
EDAD FALLECIMIENTO	38 AÑOS
DATOS RELEVANTES: HIJO CAUSANTE	
NOMBRE HIJO	NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE
SEXO	FEMENINO
FECHA NACIMIENTO	12-ago-99
EDAD	12 AÑOS
DATOS RELEVANTES	
FECHA FALLECIMIENTO	21/04/2012
FECHA DETERMINANTE CÁLCULO	21/04/2012
FECHA REALIZACIÓN CÁLCULO	30/09/2022
DATOS ECONÓMICOS	
SALARIO BASE	\$1.715.569
IPC FECHA ACCIDENTE	76,19
IPC FECHA CÁLCULO	111,41
TASA INTERES ANUAL	0,5%
TASA INTERES MENSUAL	6%
PORCENTAJE SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN	75,00%
LIQUIDACIÓN LUCRO CESANTE CONSOLIDADO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
DATOS RELEVANTES CÁLCULO	
MESES TRASCURRIDOS A LA FECHA DE LA SENTENCIA	125,4666667
SALARIO BASE ACTUALIZADO (PORCENTAJE HIJO 25%)	\$470.366
S_n	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
FÓRMULA	$VA = LCM * S_n$
CÁLCULO	81814044,53
TOTAL	\$81.814.044,53
LIQUIDACIÓN LUCRO CESANTE FUTURO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
DATOS RELEVANTES CÁLCULO	
ESPERANZA VIDA CAUSANTE	33,5
AÑOS QUE FALTAN A HIJO PARA CUMPLIR 25 AÑOS	1,86
TIEMPO QUE FALTA PARA CUMPLIR 25 AÑOS EN MESES	22,32
SALARIO BASE ACTUALIZADO (PORCENTAJE HIJO 25%)	\$470.366
A_n	$\frac{(1+i)^n-1}{i(1+i)^n}$
FÓRMULA	$VA = LCM * A_n$
CÁLCULO	9910540,729
TOTAL	\$9.910.540,73

A favor de E.N.A.L.:

CÁLCULO LUCRO CESANTE A FAVOR DE EIDER NICOLAS AGUIRRE LEMECHE	
DATOS RELEVANTES: CAUSANTE	
CAUSANTE	ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON
SEXO	MASCULINO
FECHA NACIMIENTO	16-mar-74
EDAD FALLECIMIENTO	38 AÑOS
DATOS RELEVANTES: HIJO CAUSANTE	
NOMBRE HIJO	EIDER NICOLAS AGUIRRE LEMECHE
SEXO	MASCULINO
FECHA NACIMIENTO	25-oct-10
EDAD	1 AÑO
DATOS RELEVANTES	
FECHA FALLECIMIENTO	21/04/2012
FECHA DETERMINANTE CÁLCULO	21/04/2012
FECHA REALIZACIÓN CÁLCULO	30/09/2022
DATOS ECONÓMICOS	
SALARIO BASE	\$1.715.569
IPC FECHA ACCIDENTE	76,19
IPC FECHA CÁLCULO	111,41
TASA INTERES ANUAL	0,5%
TASA INTERES MENSUAL	6%
PORCENTAJE SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN	75,00%
LIQUIDACIÓN LUCRO CESANTE CONSOLIDADO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
DATOS RELEVANTES CÁLCULO	
MESES TRASCURRIDOS A LA FECHA DE LA SENTENCIA	125,4666667
SALARIO BASE ACTUALIZADO (PORCENTAJE HIJO 25%)	\$470.366
S_n	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
FÓRMULA	$VA = LCM * S_n$
CÁLCULO	81814044,53
TOTAL	\$81.814.044,53
LIQUIDACIÓN LUCRO CESANTE FUTURO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
DATOS RELEVANTES CÁLCULO	
ESPERANZA VIDA CAUSANTE	33,4
AÑOS QUE FALTAN A HIJO PARA CUMPLIR 25 AÑOS	13,06
TIEMPO QUE FALTA PARA CUMPLIR 25 AÑOS EN MESES	156,72
SALARIO BASE ACTUALIZADO (PORCENTAJE HIJO 25%)	\$470.366
A_n	$\frac{(1+i)^n-1}{i(1+i)^n}$
FÓRMULA	$VA = LCM * A_n$
CÁLCULO	51020437,29
TOTAL	\$51.020.437,29

En resumen, le corresponde a la parte demandante por concepto de lucro cesante las siguientes cantidades de dinero:

Demandante	Lucro Cesante Consolidado	Lucro Cesante Futuro
ROSA ELENA LEMECHE QUINTO	\$163.628.089,05	\$162.658.150,31
NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE	\$81.814.044,53	\$9.910.540,73
E.N.A.L.	\$81.814.044,53	\$51.020.437,29
TOTAL	\$327.256.178,10	\$223.589.128,33

- **Perjuicios morales.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para tasar los perjuicios morales el precio del dolor queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política (CSJ SL4665-2018, SL546-2021).

En este caso, no hay duda que el accidente de trabajo y posteriormente el fallecimiento de ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) le generó a su cónyuge y a sus hijos sufrimiento, aflicción e impacto emocional, lo que conlleva necesariamente a resarcir dichos perjuicios.

Para ese evento, debe tenerse en cuenta que con ocasión del fallecimiento del esposo y padre respectivamente, tanto la cónyuge demandante como sus hijos recibieron pensión de sobrevivientes reconocida por parte de la ARL SURA, según consta en comunicación del 30 de octubre de 2012 (fls. 302 y 303). Por tal razón, la Sala fija como montó por perjuicios morales a favor de ROSA ELENA LEMECHE QUINTO la cantidad de 20 SMLMV y para sus dos hijos la cantidad de 10 SMLMV para cada uno, salarios que corresponden a los vigentes a la fecha en que se realice el pago.

- **Acerca de la responsabilidad solidaria entre contratista y contratante conforme al artículo 34 del CST.**

El artículo 34 del CST consagró que será un verdadero empleador el contratista independiente, definiendo al mismo como la persona natural o jurídica que contrata la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios, en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos y su realización con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Adicionalmente, el precitado artículo estableció que, si el contratante es beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo cuando la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho aquellos trabajadores.

La H CSJ indicó en la sentencia SL Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, que no basta para el surgimiento de la precitada responsabilidad solidaria que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, por cuanto debe demostrarse que el servicio corresponde a una función propia de las actividades del contratante, vinculada directamente con su objeto económico, esto es, que haga parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta considerar el objeto social del contratista y el beneficiario, por cuanto debe analizarse si la actividad del trabajador puede catalogarse en el giro ordinario de los negocios del contratante, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa la responsabilidad solidaria, tal y como reiteró la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3247 de 2020, entre otras.

En este caso, ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZÓN (q.e.p.d.) fue contratado por CONFURCA a partir del 13 de febrero de 2012 para desempeñar el cargo de obrero en el proyecto *“construcción de los Loops Fase II del Proyecto de Expansión desde Cusiana, para el Tramo 3: Construcción y conexión de un Loop de Aprox. 50 Km. De longitud en 20” de diámetro entre la trampa raspadores que conectará a la estación de Comprensión Miraflores (municipio de Miraflores-Boyacá)... de la FASE*

PRE-DOBLADO Y DOBLADO DE TUBERIA... proyecto que ejecuta el EMPLEADOR en virtud del Contrato No.750194 celebrado con Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP...” sic, (fl. 22).

Se allegó copia del contrato No.750194 celebrado el 06 de enero de 2011, suscrito entre CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. - TGI S.A. ESP, junto con sus adiciones (fls. 468 a 548), inicialmente por un plazo de 225 días calendario y luego prorrogado en diferentes oportunidades, siendo la última el 30 de noviembre de 2012.

El objeto principal del contrato fue la construcción de los Loops Fase II del Proyecto de Expansión desde Cusiana, para el Tramo 3 y Tramo 4.

Por lo tanto, advierte la Sala que, en virtud del referido contrato, la sociedad CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA adquirió frente a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP la condición de contratista independiente, y pese a que esta última demandada aduce, como fundamento principal de su defensa, que el objeto del contrato no puede considerarse como parte de las actividades normales de esa compañía, para la Sala la construcción de tramos para el proyecto de expansión desde Cusiana para el transporte de gas e hidrocarburos, son actividades propias de su objeto social, no son labores extrañas o diferentes de esa entidad, esto atendiendo el objeto social de TGI que se verifica en el certificado de existencia y representación legal² (fl.158 a 163 y 435 a 440), siendo ella la beneficiaria del servicio, por lo que se configura la solidaridad conforme lo establece el artículo 34 del CST.

Y al estar demostrado que ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON (q.e.p.d.) prestó servicios para la ejecución del contrato No.750194 surge con meridiana claridad que TRANSPORTADORA DE GAS

² “La sociedad tiene por objeto la planeación, organización, diseño, **construcción**, expansión, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios y de los sistemas de transporte de hidrocarburos en todas sus formas...”

INTERNACIONAL S.A. E.S.P. esta llamada a responder solidariamente por la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST a cargo de CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, sin distinción si ésta se reconoce al trabajador o a sus causahabientes (CSJ SL 39892 de 2012, SL1388 de 2020, entre otras).

- **Llamamiento en garantía.**

El artículo 64 del CGP consagró la figura del llamamiento de garantía, a favor de quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio o el reembolso total o parcial del pago que haga como resultado de la sentencia en el proceso que promueva o se le promueva, o que según la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. Por su parte, el artículo 65 del CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 del CGP y demás normas aplicables, a su vez, el artículo 66 CGP establece el trámite del llamamiento en garantía.

La H. CSJ ha analizado la figura del llamamiento en garantía, indicando en la sentencia AL2622 de 2020, que tal figura consagrada en el artículo 64 CGP, permite incorporar al debate un tercero, que por vínculo legal o contractual, en caso de que el convocante sea hallado responsable frente al promotor del litigio, deba asumir la condena a reembolsar a éste lo pagado; adicionalmente, en providencia AC2900-2017, reiteró las reglas adoptadas en las sentencias SC Rad. 200-00276-01 del 16 de diciembre de 2006 y SC5885 de 2016, afirmando que ésta figura tiene fundamento en una relación material de garantía de tipo personal, por la cual el llamante puede pedir que se transfieran al citado las consecuencias pecuniarias desfavorables previstas para el convocante en el litigio y que resulten ordenadas en el fallo.

En el presente asunto, la demandada CONFURCA llamó en garantía a SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. por la póliza colectiva de vida No.21-85-10000000315 (fl.271), solicitud que fue atendida por el *a quo* en

providencia del 15 de julio de 2015 (fls. 429 a 431). Igualmente, la demandada TGI llamó en garantía a la misma aseguradora (fl. 454), sin indicar a que cobertura de riesgo estaba haciendo referencia, petición que fue atendida por el despacho judicial de primera instancia en providencia del 31 de agosto de 2016, advirtiendo que se hacía referencia a la misma póliza (fl.719), por lo que sobre ésta recaerá el estudio.

La póliza obra a folios 741 a 750 del expediente físico. Al revisar la misma se tiene que cubre a las personas que laboran bajo el contrato 750194, según relación, frente a las contingencias de muerte por cualquier causa, invalidez de origen no profesional y gastos funerarios por causa no profesional, con cobertura desde el 24 de enero de 2011 hasta el 09 de diciembre de 2011, prorrogada hasta el 19 de julio de 2012 (fls. 415 a 425).

En consecuencia, al tratarse este asunto de la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal, conforme al artículo 216 del CST, dicho concepto no hace parte del riesgo amparado en la póliza colectiva de vida No.21-85-10000000315, según el clausulado general visto a folios 744 a 750, por lo que, si ese era el propósito de las empresas demandadas de garantizar el pago de la indemnización, este es improcedente, siendo necesario absolver a SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. de dicho llamamiento.

- Sobre la excepción de prescripción.

Para resolver este aspecto propuesto por la parte pasiva, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS 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 han hecho exigibles. 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 el accidente de trabajo se presentó el 15 de abril de 2012 y la demanda fue radicada en reparto el 24 de marzo de 2015 (fl.168), por lo que, al haberse presentado la acción en los tres

años siguientes a la fecha de exigibilidad de la obligación indemnizatoria, no prospera este medio exceptivo.

Se declararán no probadas las demás excepciones propuestas atendiendo los resultados del proceso.

Sin costas en el grado jurisdiccional. Las de primera instancia estarán a cargo de las demandadas. Tásense. Sin costas ni a favor ni en contra de la llamada en garantía.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO: DECLARAR que existió culpa suficiente comprobada de CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA en el accidente de trabajo de ELVER ORLANDO AGUIRRE PINZON (q.e.p.d.), de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, y solidariamente a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, a pagar, por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro), los siguientes valores:

- a. A favor de ROSA ELENA LEMECHE QUINTO \$326.286.239,37.
- b. A favor de NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE \$91.724.585,26.
- c. A favor de E.N.A.L. \$132.834.481,81.

CUARTO: CONDENAR a CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, y solidariamente a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, a pagar, por concepto de perjuicios morales, los siguientes valores:

- d. A favor de ROSA ELENA LEMECHE QUINTO la suma de 20 SMLMV a la fecha del pago.
- e. A favor de NATALIA BRICETH AGUIRRE LEMECHE la suma de 10 SMLMV a la fecha del pago.
- f. A favor de E.N.A.L. la suma de 10 SMLMV a la fecha del pago.

QUINTO: ABSOLVER a SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. del llamamiento en garantía, conforme lo expuesto en la parte motiva.

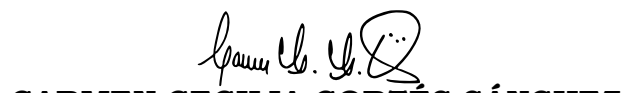
SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: COSTAS de primera instancia a cargo de las demandadas y deberán ser fijadas y liquidadas por el *a quo*. Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.29 2020 00242 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA (Pág. 55 a 71 archivo “001ExpedienteDemanda”)

JAIRO RAFAEL MARTINEZ CAMACHO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de CARBONES DEL CERREJON LIMITED, con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado efectuado al régimen de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990, se condene al pago de las diferencias causadas entre las cesantías reconocidas bajo la Ley 50 de 1990 y las cesantías retroactivas previstas en el artículo 249 CST, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita* y

costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, solicitó el pago del retroactivo de la diferencia causada entre lo consignado al fondo de cesantías y lo realmente devengado en función de su labor, intereses a las cesantías, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indexación, condena ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó las pretensiones en que el 21 de mayo de 1985 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa CARBONES DEL CERREJON, que mediante comunicación RG-GER-019-03 de octubre de 2003 el empleador le informó que si bien el régimen de cesantías que consagra la Ley 50 de 1990 era obligatorio para aquellos trabajadores suscritos a partir del 1° de enero de 1991, también podría aplicársele a aquellos trabajadores vinculados con anterioridad a la expedición de la norma en comento, por lo que la compañía le ofreció una bonificación si aceptaba acogerse al régimen de cesantías conceptuado en la mencionada Ley 50; que la empresa por medio de las prebendas ya mencionadas, lo convenció para firmar una carta, que ella misma redactó, para que se efectuara el traslado de régimen de cesantías estipulado en la Ley 50 de 1990, sin darle cumplimiento al artículo 114 de la Ley 100 de 1993, sin ponerle de presente los pros y los contras que le acarrearía su decisión; que en el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo tendría un valor de cesantías mayor al que recibió con la Ley 50 de 1990; que sus labores con la empresa demandada se extendieron hasta el 26 de agosto del 2019 y durante el periodo transcurrido entre el 1° de noviembre del 2003 al 26 de agosto de 2019, conforme con el ingreso base de cotización IBC reportados al sistema general de pensiones, sus cesantías son de mayor valor que aquellas consignadas al fondo; y que durante ese periodo devengó un salario variable debido a los turnos que cubría su jornada laboral,

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Pág. 3 a 4 archivo
“006ContestacionCarbonesdelCerrejon”)**

CARBONES DEL CERREJON LIMITED se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó lo relativo a la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, el nuevo régimen de cesantías, la bonificación que le ofreció al demandante y la elaboración de la carta, sobre los demás señaló no ser ciertos. Propuso como excepciones de fondo las de cosa juzgada, prescripción, compensación, pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe y ausencia de causa y título.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de agosto de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a CARBONES DEL CERREJON LIMITED de la totalidad de las pretensiones incoadas por el señor JAIRO RAFAEL MARTINEZ CAMACHO. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000,00) m/cte. **TERCERO:** De no ser apelada la sentencia CONSULTESE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si hay lugar a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990 y como consecuencia de ello si es viable pagar los reajustes, las indemnizaciones correspondientes y las demás pretensiones elevadas.

Para resolver indicó que conforme con la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia de la CSJ y las pruebas aportadas, quedó establecido que en la propuesta del 8 de octubre de 2003 la compañía fue clara en su propuesta del incentivo, sin que pueda considerarse que la oferta de beneficios constituya un acto de constreñimiento o presión indebida de viciar el consentimiento del demandante o que hubiese faltado a la verdad o engañado al trabajador, que se otorgó un término prudencial al trabajador para aceptarla o no durante el cual el ex trabajador pudo asesorarse respecto de la conveniencia o no de acogerse a los beneficios ofrecidos y al nuevo régimen de cesantías; que se demostró que el demandante de forma escrita manifestó de forma libre y voluntaria decidió acogerse al nuevo régimen de cesantías, cumpliéndose de esta manera con el parágrafo del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, sin que dicha comunicación debiese ser rendida ante notario, se constató que la empresa otorgó el bono por \$17.526.000 y durante la vigencia del contrato el demandante hizo retiros parciales de cesantía del fondo al cual se trasladó, sin que en ningún momento mostrase inconformidad respecto de la afiliación a dicho fondo, por lo que al no demostrarse falta de requisitos o vicios del consentimiento que tornen en ineficaz o nulo el traslado de régimen de cesantías, negó las pretensiones.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada CARBONES DEL CERREJON LIMITED presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

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 resolver la consulta concedida al demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si existió algún vicio en el consentimiento en el traslado de régimen de cesantías realizado por el demandante y si hay lugar al pago de las diferencias en cesantías reclamadas.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre el demandante y la demandada CARBONES DEL CERREJON LIMITED existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 21 de mayo de 1985 y el 26 de agosto de 2019, desempeñando el cargo de técnico (pág. 54 archivo “001ExpedienteDemanda”); **ii)** que el demandante en octubre de 2003, se acogió al régimen anualizado de cesantías y que en noviembre del mismo año recibió por concepto de Bono Traslado Régimen de Cesantías Ley 50 la suma de \$17.526.000 (pág. 54 archivo “001ExpedienteDemanda” y pág. 84 archivo “006ContestacionCarbonesdelCerrejon”); **iii)** y que las partes celebraron conciliación ante el Inspector del trabajo el 26 de agosto de 2019 (pág. 53 a 56 archivo “006ContestacionCarbonesdelCerrejon”).

- Sobre la nulidad del traslado de régimen de cesantías

La Ley 50 de 1990, creó un nuevo régimen especial de cesantías en el que la liquidación se realiza a 31 de diciembre de cada año y se consigna antes del 15 de febrero del año siguiente, en

cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija, régimen obligatorio para empleados que se vinculen a partir de la vigencia de dicha Ley. No obstante, el artículo 98 de la misma norma estableció que los trabajadores vinculados antes de la reforma podían acogerse al nuevo régimen especial, siendo suficiente la comunicación escrita, donde señalen la fecha a partir de la cual desean acogerse.

Por su parte, el inciso 2° del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 estableció que en la comunicación escrita prevista para trasladarse al nuevo régimen especial de cesantías debe constar que la elección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, la cual debe ser rendida ante notario público, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar.

Al respecto, de forma reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el cambio de régimen de cesantía, previsto en la Ley 50 de 1990, únicamente supone la expresión escrita de la voluntad del trabajador recibida por el patrono y este acto, conforme a las reglas propias de las declaraciones de voluntad (C.C, artículo 1502), solo podría ser invalidado judicialmente si se demuestra que no reunió los supuestos generales relativos a la capacidad, al consentimiento libre de vicios y al objeto y la causa lícitos. Además, que lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 resulta complementaria de lo anterior, pero no se trata de un requisito para la validez del cambio de régimen pues así no lo dice el texto, criterio reiterado en las providencias SL10217-2016, SL19918-2017, SL097-2018 SL799-2019, SL4829-2019 y SL2241-2021, entre otras.

La misma Corporación ha señalado que las convenciones colectivas, los acuerdos y pactos a que lleguen los trabajadores y los empleadores, en observancia de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de aquellos, son válidos, y deben ser honrados por

las partes, CSJ SL, 5469-2014, CSJ SL3873-2019 y SL703-2021, entre otras.

- **Sobre la conciliación**

Frente al acto de conciliación, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que ésta tiene como objetivo no solo solucionar un conflicto existente sino también precaver uno eventual, por lo que al tratarse de un acuerdo jurídico producto de las voluntades de las partes celebrantes, supervisado por un tercero calificado, la conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, lo que implica que *«el acta de conciliación tiene los mismos efectos de una sentencia judicial»* (CSJ SL1845-2016, SL6230-2016, SL3571-2020 y SL1425-2022, entre otras).

CASO CONCRETO

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que, para definir la validez de cualquier acto jurídico, es necesario que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad. Dicha norma establece que para el efecto se requiere que la persona sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga causa lícita.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo se advierte que, en el caso bajo estudio, el demandante alega que CARBONES DEL CERREJON LIMITED le ofreció una bonificación si aceptaba acogerse al régimen de cesantías regulado en Ley 50 de 1990, sin hacerle énfasis ni darle claridad sobre el derecho que le asistía de permanecer en el régimen tradicional de cesantías contenido en el artículo 249 del CST, no le puso de presente los pros

y los contras que le acarrearía su decisión y firmó la comunicación en un formato establecido por la compañía.

En el expediente quedó demostrado que CARBONES DEL CERREJON LIMITED en comunicación RG-GER-019-03 del 8 de octubre de 2018 le ofreció una bonificación a JAIRO RAFAEL MARTINEZ CAMACHO si se acogía de forma libre y voluntaria al nuevo régimen anualizado de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990 (*pág. 80 a 82 archivo “006ContestacionCarbonesdelCerrejon”*), oferta aceptada por el demandante pues en escrito presentado al empleador manifestó acogerse a dicho régimen a partir del 1° de noviembre de 2003, escogiendo como fondo de cesantías a Porvenir (*pág. 84 archivo “006ContestacionCarbonesdelCerrejon”*) y recibiendo la suma de \$17.526.000 por bonificación extralegal.

De acuerdo con los anteriores supuestos y una vez revisado los demás documentos incorporados al expediente, no encuentra la Sala prueba alguna que demuestre que el traslado de régimen de cesantías realizado por el demandante, hubiere estado motivado en el engaño o por algún hecho erróneo inducido por la sociedad demandada, pues no se advierte la existencia de documento o manifestación alguna que soporte el dicho del demandante, en el sentido de que la demandada lo indujo en error o lo engañó para que cambiara de régimen de cesantías.

Por el contrario, se advierte que el traslado de régimen de cesantías realizado por el demandante cumplió los propósitos señalados en el artículo 98 de la Ley 50 de 1990, en la medida en que presentó a su empleador CERREJON comunicación escrita donde manifestó su deseo de acogerse de forma libre y voluntaria al régimen anualizado de cesantías. Si bien no se presentó en los términos previstos en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicho aspecto es complementario y no condiciona la validez del acto,

por lo que se deduce que el demandante tenía pleno conocimiento del cambio de régimen y así dio su consentimiento.

Ahora, el hecho de que el empleador le haya presentado al demandante una oferta económica para que aceptara la nueva forma de liquidación de cesantías, ésta no puede invalidar la manifestación de voluntad plasmada en el acto jurídico de cambio de régimen, puesto que la misma se hizo en el marco de negociación contractual que tienen las partes en virtud del contrato de trabajo y no vulneró sus derechos mínimos (artículo 13 del CST, CSJ SL703-2021), al contrario, le reportó un beneficio económico.

Además, no se puede desconocer que el demandante permaneció en el nuevo régimen de cesantías por más de 14 años sin que presentara reproche alguno, tanto así que efectuó retiros parciales conforme extracto individual de cesantías (*pág. 46 a 50 archivo "001ExpedienteDemanda"*), lo que convalidó su deseo de permanecer en el modelo de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del CGP, pues no probó la existencia de vicio en el consentimiento al suscribir la comunicación de cambio de régimen de cesantía, no le queda a la Sala camino diferente que confirmar la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

- Sobre la reliquidación de cesantías

JAIRO RAFAEL MARTINEZ CAMACHO solicitó, como pretensión subsidiaria, el pago de la reliquidación de las cesantías al señalar que entre el 1° de noviembre del 2003 al 26 de agosto de 2019 las mismas se debieron liquidar con los salarios devengados efectivamente entre el 1° de enero al 31 de diciembre de cada año, por cuanto devengó un salario variable debido a los turnos que cubría su

jornada laboral, por lo que con ese propósito señaló que se deben tener en cuenta los IBC registrados en la historia laboral suministrada por Colpensiones.

Al respecto, precisa la Sala que el interesado no allegó ningún documento que demuestre la diferencia reclamada. En efecto, no se aportó copia de la historia laboral expedida por COLPENSIONES que demuestren los IBC que se tuvieron en cuenta para realizar los aportes a partir del 1° de noviembre de 2003, necesario para hacer el ejercicio comparativo y determinar si le resulta a su favor alguna suma. Tampoco se allegaron los pagos realizados mes a mes por concepto de salario en vigencia del régimen anualizado de cesantías, solo la demandada aportó los que se generaron a partir del año 2010 (*pág. 100 a 109 archivo “006ContestacionCarbonesdelCerrejon”*), los cuales, en todo caso, son insuficientes para realizar el cuadro comparativo dado que se desconocen los ingresos base de cotización utilizados para liquidar aportes a seguridad social.

A pesar de lo anterior, se advierte que con la audiencia pública celebrada ante el Inspector de Trabajo de Barrancas La Guajira el 26 de agosto de 2019, (*pág. 53 a 56 archivo “006ContestacionCarbonesdelCerrejon”*), las partes, además de pactar el retiro anticipado por pensión de vejez, buscaron poner fin a cualquier controversia derivada del contrato de trabajo, pues allí se manifestó que el trabajador recibía la suma de \$31.129.500, dejando a paz y salvo a CARBONES DEL CERREJON LIMITED por cualquier concepto de carácter laboral, por lo que de resultar alguna diferencia por concepto de cesantías a favor del demandante, lo que constituye un derecho incierto y discutible, ésta ya quedó conciliada, configurándose la excepción de cosa juzgada (CSJ SL1845-2016, SL6230-2016, SL3571-2020 y SL1425-2022, entre otras).

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

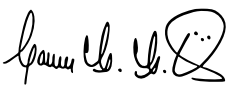
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.30-2018-00417-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA contra la sentencia del 19 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia del derecho reclamado alegadas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y condenó en costas al demandante por la suma de un (1) SMLMV (*min.43:44* archivo “37.1 Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** con el fin de que se declare que tiene derecho al cambio de la pensión mensual de jubilación voluntaria reconocida por el **INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI CONCESIÓN DE SALINAS** por la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985, a partir del 25 de mayo de 2007, indexación de

la primera mesada pensional, retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de mayo de 1952, laboró para el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas hoy Ministerio de Comercio, Industria y turismo desde el 04 de enero de 1973 al 31 de octubre de 1993, 20 años, 9 meses y 27 días laborados; que el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas le reconoció pensión mensual de jubilación mediante Resolución No.1097 a partir del 01 de noviembre de 1993 con un porcentaje del 57.155% con el promedio de lo devengado en el último año de servicio; que se acogió al plan de retiro voluntario el 31 de octubre de 1993 mediante audiencia pública de conciliación; que es beneficiario del régimen de transición y adquirió el status pensional conforme la Ley 33 de 1985 el 25 de mayo de 2007 y que la misma debe liquidarse con una tasa de remplazo del 75% con el promedio de lo devengado en el último año de servicio el cual ascendía a \$365.422,26 para noviembre de 1993 (*Pág. 21 a 29, archivo "003 Demanda"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la relación laboral, el reconocimiento de la pensión voluntaria, el salario que se tuvo en cuenta para la liquidación y la presentación de la reclamación administrativa, de los demás manifestó no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de la consolidación del derecho reclamado, compartibilidad pensional, prescripción, pago de intereses moratorios según el artículo 141 de la ley 100 de 1993, compensación y buena fe. (*Pág. 1 a 12, archivo "008ContestacionDeDemanda"*)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** fue vinculada al proceso mediante auto dictado en audiencia de fecha 18 de febrero de 2020 (*min. 09:57, archivo “20.1Audiencia”*). En su contestación se opuso a las pretensiones, manifestó no constarle ninguno de los hechos, propuso las excepciones que denominó prescripción, pago, falta de legitimación en la causa y la innominada o genérica (*pág. 1 a 5, archivo “027ContestacionDeDemanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (*Min 43: 44, archivo “37.1Audiencia”*)

El 19 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda elevadas por el accionante, LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO:* *DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de consolidación del derecho reclamado propuestas por la demandada LA NACIÓN MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO. TERCERO:* *CONDENAR en costas al demandante LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente. QUINTO:* (*sic*) *en caso de no ser apelada la presente decisión, conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA, de conformidad con el inciso 2 del artículo 69 del CPTSS.”*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si el demandante tiene derecho a que se le cambie la pensión de jubilación anticipada reconocida por el Instituto de Fomento Industrial IFI Concesión de Salinas por la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985 a partir del 25 de mayo de 2007.

Para resolver, indicó que la conciliación suscrita entre el demandante y el Instituto de Fomento Industrial IFI Concesión de Salinas goza de plena validez, que la pensión otorgada fue voluntaria y extralegal y que la fuente de derecho es la voluntad de las partes y no otro precepto normativo como la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990 y que por tanto no es posible cambiar la pensión de jubilación voluntaria por una pensión de carácter legal, por cuanto de hacerlo así se desconocería el acuerdo conciliatorio suscrito por las partes.

Concluyó que los aportes en favor del demandante que reposan en la historia laboral de COLPENSIONES son públicos y que la liquidación de la prestación debe hacerse con toda la historia laboral o los últimos 10 años tal como lo hizo COLPENSIONES al reconocerle la pensión de vejez al demandante bajo el Acuerdo 049 de 1990, asimismo, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el status pensional y que debía aplicarse lo normado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada del demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones. Para sustentar, indicó que la decisión adoptada por la *a quo* viola el derecho irrenunciable a la seguridad social del demandante, que bajo los postulados del principio de favorabilidad debe remplazarse la pensión voluntaria otorgada por la empresa en virtud del plan de retiro voluntario por la pensión legal de la Ley 33 de 1985 en su calidad de beneficiario del régimen de transición, toda vez que el monto de la pensión legal es más alto que el de la pensión voluntaria y que el demandante tiene un derecho adquirido de orden legal en consideración a que reúne los requisitos de edad y tempo de servicio que exige la ley, que no se pretende la nulidad del acta de conciliación, sino que en desarrollo del principio

de favorabilidad se condene al Ministerio al reconocimiento de la pensión legal.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 La apoderada principal de Colpensiones le sustituyo poder al Doctor Winderson José Moncada Ramírez, identificado con la CC 1.232.398.851 y T.P 334.200 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito solicitó confirmar el fallo de primera instancia al señalar que no tienen legitimación en la causa. El apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO solicitó confirmar el fallo de primera instancia y la apoderada del demandante en su escrito de alegatos solicitó se revoque el fallo de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación por el demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si al demandante le asiste derecho al cambio de la pensión de jubilación voluntaria extralegal reconocida por el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas por la pensión legal de la Ley 33 de 1985 a cargo de dicha entidad y si como consecuencia de ello se debe condenar a la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a pagar la pensión legal a partir del 25 de mayo de 2007 con una tasa de remplazo del 75% y el IBL del último año de servicios, indexación e intereses moratorios conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante nació en fecha 25 de mayo de 1952 (*pág. 1 y 2, archivo “003 Demanda”*); **ii)** que entre el demandante y el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas existió un contrato de trabajo desde el 04 de enero de 1973 hasta el 31 de octubre de 1993, periodo en el cual los aportes pensionales fueron realizados al ISS (*pág.15 y 16, archivo “003Demanda” e historia laboral Colpensiones archivo “28.1Anexo”*); **iii)** que entre el demandante y el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas se celebró audiencia de conciliación el 03 de noviembre de 1993 ante el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá (*pág. 7 a 10 archivo “003Demanda”*); **iv)** que el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas mediante Resolución No.1097 de fecha 05 de noviembre de 1993 reconoció al actor una pensión mensual de jubilación por retiro voluntario a partir del 1° de noviembre de 1993 en cuantía de \$208.857,10, en virtud del acuerdo conciliatorio (*pág. 7 a 11, archivo “010ContestacionDeDemanda”*); **v)** que el demandante aceptó el plan de retiro voluntario ofrecido por el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas acreditando 41 años de edad y 20,83836 años de servicio al servicio de la entidad (*pág. 7 a 11 archivo “010ContestacionDeDemanda”*); **vi)** que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 099232 de fecha 15 de mayo de 2013, concedió al demandante pensión de vejez en cuantía de \$1.192.426 a partir del 1° de junio de 2013 conforme al Acuerdo 049 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90% (*archivo “GRF-AAT-RP-20126800388410-1372484365725” expediente administrativo Colpensiones*); **vii)** y que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo mediante Resolución No. 5882 de fecha 16 de diciembre de 2013 compartió la pensión de jubilación por retiro voluntario que disfruta el demandante con la reconocida por Colpensiones y dispuso seguir pagando el mayor valor y la mesada 14 (*pág. 12 a 14 archivo “010ContestacionDeDemanda”*).

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante atendiendo las siguientes consideraciones:

- La pensión de jubilación contenida en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, artículo 1°, establece que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Para la liquidación de esta prestación pensional la Ley 62 de 1985 previó que debe tenerse en cuenta los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

- El ingreso base de liquidación a los beneficiarios del régimen de transición

Las normas que se aplican en materia pensional a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición, normativa cuya finalidad es mantener, para algunas personas, la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas.

Esto ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición, en dicho régimen se mantuvieron algunas y no todas las condiciones que regulaban las normas anteriores en materia pensional, pues si bien dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o porcentaje para acceder a la pensión de jubilación de sus beneficiarios es la *“establecida en el régimen anterior al cual se*

encuentren afiliados, también advirtió claramente, que para definir el ingreso base de liquidación de la pensión, se aplicarían “*las disposiciones contenidas en la presente Ley*” es decir en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, es uniforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en señalar que, frente a las pensiones concedidas en virtud del régimen de transición, la liquidación de la base salarial se encuentra sometida a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, al no ser éste un elemento del régimen de transición, sin que le sea dable al fallador remitirse a la legislación precedente. Por lo tanto, que las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso. (CSJ SL632-2021, CSJ SL4122-2020, CSJ SL803-2019, SU-023-2017, CC SU-230 de 2015 y CC SU-258 de 2013).

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece que el ingreso base de liquidación se obtiene calculando el promedio de los “*salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...) actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)*”.

A su vez, el inciso 3° del artículo 36 de la misma norma dispone que “*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor*”

- El reconocimiento de pensiones de jubilación a cargo del empleador público

La Sala de Casación Laboral ha reiterado que los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que venían afiliados al Instituto de Seguros Sociales con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tienen derecho a que su empleador oficial les reconozca la pensión de jubilación consagrada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, si cumplen con los requisitos legamente establecidos para ello, con la posibilidad de que, posteriormente, se comparta dicha prestación con la que otorga el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con sus propios reglamentos.

Lo anterior, por cuanto antes de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, la afiliación de los servidores públicos al sistema de pensiones no era obligatoria sino facultativa y que, en ese sentido, el hecho de que se realice la respectiva inscripción no impide que el trabajador obtenga la pensión oficial pero a cargo del empleador, porque el Instituto de Seguros Sociales no era asimilable a una caja de previsión social de las reseñadas en la Ley 33 de 1985, precedente reiterado en providencias SL6288-2017, SL1502-2018, SL826-2019 y SL192-2020, entre otras.

CASO CONCRETO.

En el caso bajo estudio se encuentra como hecho probado y aceptado por las partes que entre el demandante y el Instituto de Fomento Industrial Concesión de Salinas se celebró acta de conciliación el 03 de noviembre de 1993 ante el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá (*pág. 7 a 10 archivo “003Demanda”*) y que en virtud de dicha conciliación se reconoció en favor del demandante una pensión de jubilación extralegal mediante Resolución No. 1097 de fecha 05 de noviembre de 1993 y que la misma sería pagada hasta que el demandante reuniera los requisitos necesarios para reclamar la pensión de vejez ante el ISS hoy Colpensiones (*pág. 7*

a 11 archivo “016ContestacionDeDemanda”), concretamente el artículo 4 de la parte resolutive la mentada resolución establece que:

(...) EL IFI CONCESIÓN DE SALINAS pagará el valor de la pensión, que por esta resolución se reconoce hasta la fecha en que el señor LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA reúna los requisitos exigidos por el instituto de Seguros Sociales para el reconocimiento de la pensión por vejez, fecha desde la cual, el beneficiario deberá tramitar ante el Seguro Social el reconocimiento y pago de su pensión por vejez y la empresa continuara pagando solo la diferencia, si existe (...)

Bajo este entendimiento, se tiene que la pensión que la demandada INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL CONCESIÓN DE SALINAS hoy MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y COMERCIO le reconoció al demandante fue de carácter extralegal en virtud de un acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes donde acordaron un retiro voluntario y el reconocimiento de dicha prestación, distinta a la pensión reclamada en este proceso.

A su vez, el demandante goza de pensión de vejez concedida por COLPENSIONES mediante Resolución GNR 099232 de fecha 15 de mayo de 2013 en cuantía de \$1.192.426 a partir del 1° de junio de 2013 conforme al Acuerdo 049 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%.

Lo anterior no es impedimento para que el ex trabajador oficial reclame la pensión de jubilación contenida en la Ley 33 de 1985 pues en caso de cumplir los presupuestos que exige la norma, tendría derecho al mayor que se genere entre la pensión de jubilación voluntaria reconocida por el empleador en Resolución No.1097 de fecha 05 de noviembre de 1993 y la que se reconozca a cargo de la Nación, quien asumió la administración y pago del pasivo pensional de la extinta INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL CONCESIÓN DE SALINAS, a través del MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y

TURISMO, la cual resultaría compatible con la reconocida por COLPENSIONES, en los términos referidos jurisprudencialmente.

Frente a los presupuestos que exige la Ley 33 de 1985, lo primero que precisa la Sala es que LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA es beneficiario del régimen de transición, conforme lo aceptó COLPENSIONES en el acto de reconocimiento pensional. Además, se acredita en el expediente que a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones el demandante tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de prestación de servicios.

También se acredita que el demandante prestó servicios públicos en favor del INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL CONCESIÓN DE SALINAS desde el 04 de enero de 1973 hasta el 31 de octubre de 1993, en total 20 años 9 meses y cumplió los 55 años de edad el 25 de mayo de 2007 (*pág. 2, archivo “003 Demanda”*), con lo cual no cabe duda que consolidó el derecho a obtener la pensión de jubilación que se reclama.

En este asunto, LUIS EDUARDO CÁRDENAS NAVA es beneficiario del régimen de transición y su estatus pensional lo cumplió a partir del 25 de mayo de 2007, por lo que es fácil concluir que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho pensional y, por ende, el marco normativo que regula el IBL de su prestación pensional es el indicado en artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios con los cuales se efectuaron cotizaciones al ISS durante los últimos 10 años de prestación de servicios públicos, conforme la citada jurisprudencia.

Por tal razón, no le asiste razón al demandante al reclamar que la liquidación de la pensión de jubilación se realice con el promedio devengado en el último año de servicio pues, como se indicó, frente a las pensiones concedidas en virtud del régimen de transición, la liquidación de la base salarial se encuentra sometida a las

disposiciones de la Ley 100 de 1993, al no ser éste un elemento integrante de aquel.

Al actualizar los salarios que sirvieron de base para los aportes del demandante durante los últimos 10 años de prestación de servicios conforme con la historia laboral aportada por COLPENSIONES, que se advierte son los únicos salarios acreditados en el expediente durante ese periodo, contados hacia atrás desde el 31 de octubre de 1993, fecha en que terminó el contrato de trabajo, arroja un IBL de \$1.236.540, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% genera como mesada pensional la suma de \$927.405,60 a partir del 25 de mayo de 2007, conforme con la siguiente liquidación:

F/DESDE	F/HASTA	DÍAS	SALARIO BASE	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/11/1983	30/12/1983	60	\$25.530,00	87,868963	2,022224	43,45	\$1.109.320,54	\$66.559.232,57
1/01/1984	30/12/1984	360	\$30.150,00	87,868963	2,358665	37,25	\$1.123.198,60	\$404.351.497,31
1/01/1985	30/04/1985	120	\$30.150,00	87,868963	2,789914	31,50	\$949.580,97	\$113.949.716,06
1/05/1985	30/12/1985	240	\$39.310,00	87,868963	2,789914	31,50	\$1.238.077,21	\$297.138.529,91
1/01/1986	28/02/1986	60	\$39.310,00	87,868963	3,416266	25,72	\$1.011.083,13	\$60.664.988,07
1/03/1986	30/12/1986	300	\$47.370,00	87,868963	3,416266	25,72	\$1.218.392,47	\$365.517.741,65
1/01/1987	30/04/1987	120	\$47.370,00	87,868963	4,131859	21,27	\$1.007.380,16	\$120.885.619,11
1/05/1987	30/12/1987	240	\$54.630,00	87,868963	4,131859	21,27	\$1.161.772,81	\$278.825.474,85
1/01/1988	30/01/1988	30	\$54.630,00	87,868963	5,124400	17,15	\$936.749,95	\$309.127.483,82
1/02/1988	31/12/1988	330	\$70.260,00	87,868963	5,124400	17,15	\$1.204.760,23	\$289.142.456,03
1/01/1989	30/03/1989	90	\$70.260,00	87,868963	6,565607	13,38	\$940.305,04	\$84.627.453,43
1/04/1989	31/12/1989	270	\$89.070,00	87,868963	6,565607	13,38	\$1.192.043,41	\$321.851.719,77
1/01/1990	30/12/1990	360	\$111.000,00	87,868963	8,280735	10,61	\$1.177.848,93	\$424.025.616,26
1/01/1991	30/09/1991	270	\$136.290,00	87,868963	10,961019	8,02	\$1.092.568,22	\$294.993.418,15
1/10/1991	30/12/1991	90	\$197.910,00	87,868963	10,961019	8,02	\$1.586.544,69	\$142.789.021,90
1/01/1992	30/01/1992	30	\$197.910,00	87,868963	13,901177	6,32	\$1.250.983,75	\$37.529.512,36
1/02/1992	30/12/1992	330	\$234.720,00	87,868963	13,901177	6,32	\$1.483.658,76	\$489.607.389,97
1/01/1993	30/08/1992	240	\$234.720,00	87,868963	17,395071	5,05	\$1.185.657,88	\$284.557.891,08
1/09/1993	31/10/1993	60	\$215.790,00	87,868963	17,395071	5,05	\$1.090.035,42	\$65.402.125,21
Totales		3600						\$4.451.546.887,49

Ingreso Base de Liquidación	\$1.236.540,80
Porcentaje	75
Valor mesada 2007	\$927.405,60

Debe recordarse que la pensión de jubilación por retiro voluntario concedida por el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL CONCESIÓN DE SALINAS lo fue a partir del 1° de noviembre de 1993 en cuantía de \$208.857. Para el año 2007 no se allegó comprobante de pensión para conocer el valor pagado en ese periodo. Sin embargo,

con el comprobante de pensión obrante en la página 16 del archivo “010ContestaciónDedemanda” se tiene certeza que el valor de la mesada para diciembre de 2009 fue de \$1.185.411.70, suma que para el año 2013 ascendía a la cantidad de \$1.325.551, según quedó registrado en la Resolución No.5882 de 16 de diciembre de 2013, donde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dispuso compartir la pensión de pensión de jubilación con la pensión de vejez reconocida en el RPM.

Realizada la operación aritmética respectiva, tomando en cuenta el valor de la mesada pensional pagada al demandante en el año 2009, se tiene que el valor de la mesada pensional del año 2007 correspondió a la suma de \$1.041.608,20.

Por lo tanto, el ejercicio anterior muestra que la pensión jubilación por retiro voluntario que viene siendo pagada al demandante, para el año 2007, fecha en que cumplió 55 años de edad, supera el monto de la pensión legal establecida en la Ley 33 de 1985.

Bajo tales circunstancias, al resultar más favorable para el demandante la pensión de jubilación por retiro voluntario que viene recibiendo, hoy solo el mayor valor en virtud de la compartibilidad pensional, conlleva necesariamente a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por
autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia
conforme la parte motiva de la presente providencia.

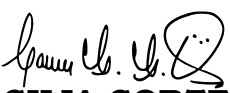
SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la
AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme
el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080
de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 32-2021-00172-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 30 de junio de 2022 del Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS y declaró válida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (01:29:00 archivo “22AudienciaTramiteJuzgamiento30Junio2022”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 5 a 17 archivo “03SubsanacionDemanda”).

LUÍS ALFREDO HERNÁNDEZ PARDO solicitó declarar nula su afiliación al RAIS a través de las **AFP DEMANDADAS**, declarar su derecho a retornar al RPM, devolución de aportes, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS el 15 de febrero de 1980; que se trasladó al RAIS en 1994 mediante afiliación

a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**; luego en el año 2000, se afilió a **PROTECCIÓN S.A.**; en 2009, a **COLFONDOS S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 22 de julio de 2019, **COLFONDOS S.A.** le informó verbalmente que su pensión sería entre 1 o 2 SMLMV, AFP que negó su traslado al RPM el 22 de julio de 2019, lo cual también hizo **COLPENSIONES** mediante oficio BZ2019_8754992 del 02 de julio de 2019.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de afiliación del **DEMANDANTE** y que negó su solicitud de traslado al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, sin embargo, al momento del traslado de AFP suministró información suficiente, completa y veraz sobre las condiciones y variables para adquirir la pensión en el RAIS y su monto, comparando el RAIS y el RPM para permitir conocer las características de cada uno, tras lo cual el **DEMANDANTE**, de manera libre e informada, decidió afiliarse a **COLFONDOS S.A.**, sin que se aporte ningún elemento probatorio de las presuntas falencias en la asesoría y causales de nulidad, situaciones desvirtuadas con el propio formulario de afiliación que refleja una manifestación escrita de consentimiento informado. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación en el RAIS, ratificación de la afiliación a **COLFONDOS S.A.**, prescripción, compensación y pago y la innominada (Pág. 2 a 14 archivo “07ContestacionColfondos”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación del **DEMANDANTE**. Indicó que el recibió al afiliado por traslado de AFP el 09 de mayo de 2000, por lo cual no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, no

obstante, afirmó que brindó información suficiente, clara y correcta sobre el RAIS y las implicaciones de permanecer en este, así como de los rasgos diferenciadores con el RPM, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomo la decisión informada y libre de escoger el traslado de AFP, siendo en especial consciente de que factores como la edad, aportes, beneficiarios, bono pensional, tabal de mortalidad de rentista, el mercado y disposiciones normativas inciden en el monto de la pensión. 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 y prima de seguro previsional por falta de causa y afectar derechos de terceros de buena fe y la innominada (Pág. 2 a 23 archivo “08ContestacionProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación del **DEMANDANTE** en el ISS, la fecha de su traslado entre AFP y que negó su solicitud de afiliación al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, no obstante, los formularios de afiliación y vinculaciones a las **AFP DEMANDADAS** acreditan la validez de la vinculación al RAIS, sin que sea viable el retorno al RPM por la restricción por edad y porque afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, además la tesis de nulidad del traslado no protege meras expectativas sino derechos adquiridos y el afiliado no tenía régimen de transición a la fecha de su traslado al RAIS y no se acreditó ninguna de las presuntas falencias alegadas en la demanda que presuntamente afectaron la voluntariedad de la decisión de traslado. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en casos de ineficacia del traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio

constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de **COLPENSIONES**, falta de causa de pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 43 archivo “09ContestacionColpensiones”).

Por auto del 14 de enero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por **PORVENIR S.A.** (archivo “13Auto14Enero2022”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:29:00 archivo “22AudienciaTramiteJuzgamiento30Junio2022”).

El 30 de junio de 2022, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante LUÍS ALFREDO HERNÁNDEZ PARDO a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., así como sus posteriores traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado por conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, respecto de los aportes efectuados por el DEMANDANTE mientras estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. CUARTO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del DEMANDANTE, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así mismo, deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante LUÍS ALFREDO HERNÁNDEZ PARDO como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del DEMANDANTE, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas respecto de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado del **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que si bien los hechos mencionados en la demanda son falsos conforme el dicho del **DEMANDANTE** en interrogatorio y que llama la atención de que aquel trabajó por más de 6 años como promotor comercial de AFP y señala no tener conocimiento del producto que vendió que eran los traslados del RPM al RAIS, no hay elementos de prueba que acrediten que las **AFP DEMANDADAS** cumplieran su deber de información y buen consejo, por lo cual declaró ineficaz el traslado conforme la posición de la H. CSJ, ordenó devolver el saldo de la CAIP y los gastos de administración indexados y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** por ser la AFP que efectuó el traslado de régimen ineficaz.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en armonía con el Acto Legislativo 1° de 2005, consagran la restricción de traslado de régimen pensional por edad para salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema, sin que el **DEMANDANTE** tuviera 15 o más años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, por tanto, no cumple los requisitos exigidos en las sentencias SU062 de 2010 y SU130 de 2013 para acceder al retorno al RPM en cualquier tiempo, por tanto, su traslado al RAIS no afectó ninguna derecho cierto y la AFP solo debía brindar información, siendo desmedido exigirle una proyección pensional, asesoría y buen consejo si tales obligaciones no estaban vigentes a la fecha del traslado, siendo el nivel de información proporcional al nivel de asimetría entre el afiliado lego y el administrador experto y el **DEMANDANTE** tenía la capacidad de indagar e informarse sobre el tema pensional como profesional y ya que fue asesor comercial de varias AFP y reconoció en interrogatorio que no aprovechó el derecho a retornar al RPM a tiempo, por tanto conocía la restricción por edad. Finalmente, el principio de relatividad

jurídica impide que **COLPENSIONES** asuma las consecuencias de la ineficacia de un acto en el cual no participó (01:31:25 archivo “22AudienciaTramiteJuzgamiento30Junio2022”).

PORVENIR S.A. solicitó revocar el fallo. Alegó que declarar la ineficacia del traslado afecta la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del SGP, porque el **DEMANDANTE** firmó voluntariamente el formulario de afiliación y efectuó traslado entre AFP, lo cual ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS, además como asesor comercial de **PORVENIR S.A.** recibió capacitación sobre los regímenes pensionales y pretende alegar que olvidó dichas capacitaciones, no obstante, las características de los regímenes pensionales están consagradas en la Ley 100 de 1993, norma pública y de acceso directo a todo ciudadano al momento en que se realizó el traslado del régimen, sin que el **DEMANDANTE** pueda alegar el desconocimiento de la Ley a su favor y menos cuando indicó que también laboró en **COLFONDOS S.A.** y decidió trasladarse a dicha AFP en vez de retornar al RPM. En caso de confirmarse la ineficacia, solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración, porque AFP HORIZONTE ya trasladó los aportes y rendimientos a **PROTECCIÓN S.A.** cuando el **DEMANDANTE** se afilió a dicha AFP y los gastos de administración cobrados se hicieron conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además también son cobrados en el RPM y son la retribución de AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** por su buena gestión, además no financian la pensión y por ello son prescriptibles y, en todo caso, son una obligación que no asumió **PORVENIR S.A.** con ocasión de la fusión con HORIZONTE S.A. (01:37:47 archivo “22AudienciaTramiteJuzgamiento30Junio2022”).

COLFONDOS S.A. solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración. Alegó que la AFP efectuó la correcta gestión de los aportes del **DEMANDANTE** y con ello generó rendimientos, por ende, el traslado de los aportes y rendimientos es una suma mayor a la descontada por gastos de administración, los cuales ya usó para costear las pólizas de seguro previsional y realizar aportes al Fondo de

Garantía de Pensión Mínima, quien debe ser vinculado al proceso para devolver tal concepto so pena de un enriquecimiento sin causa. De otra parte, la devolución de gastos es una condena por daños y perjuicios pero no hay prueba sumaria del daño o menoscabo a los aportes del **DEMANDANTE** y si de la buena gestión de la AFP, la cual generó rendimientos que devolverá con el 100% de la base de cotización, suma mayor a la que se cobró por gastos de administración y por tanto no hay necesidad de condena contra el patrimonio de la AFP, quien actuó de buena fe (01:47:34 archivo “22AudienciaTramiteJuzgamiento30Junio2022”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a derecho. Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó acceder a su recurso de apelación y revocar el fallo, reiterando los argumentos de su recurso. Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se probó causal de nulidad, no procede la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se desconoció el valor probatorio del formulario de afiliación y la conducta del afiliado acredita su voluntad de permanecer en el RAIS, de forma subsidiaria solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, porque implican un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**, no corresponden a una restitución mutua y son prescriptibles. Agotado el término, los apoderados de **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **LUÍS ALFREDO HERNÁNDEZ PARDO** nació el 25 de noviembre de 1962 (Pág. 20 archivo “03SubsanacionDemanda”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 15 de febrero de 1980 al 21 de junio de 1994, acumulando 669,43 semanas cotizadas (carpeta “CC-79258138”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario del 22 de noviembre de 1994 de AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, (Pág. 28 archivo “03SubsanacionDemanda”); *iv)* el **DEMANDANTE** se traslado de AFP mediante formulario del 09 de mayo de 2000 de AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, efectivo a partir del 1º de julio de 2000 (Pág. 36 a 37 archivo “08ContestacionProteccion”); *v)* el **DEMANDANTE** se trasladó de AFP mediante formulario del 24 de marzo de 2009 de **COLFONDOS S.A.**, AFP donde permanece vinculado (Pág. 30 archivo “03SubsanacionDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y declaró válida la afiliación al RPM, ordenó la

devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** presentaron recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

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

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

“(…)

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

consejo y doble asesoría.		

(...)”

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

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

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

En aplicación a las reglas decisoriales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional,

conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** brindarán asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque se limitaron a aportar el formulario de afiliación, sin que la mera firma del mismo por el afiliado las exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que las **AFP**

DEMANDADAS no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien el **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio que laboró como asesor comercial de la AFP HORIZONTE y de **COLFONDOS**, aclaró que tal circunstancia no implicó un conocimiento claro y completo sobre el Sistema General de Pensiones y las características de cada régimen, al punto que aseguró que la única capacitación que recibió fue para hablar mal de **COLPENSIONES** (23:35 archivo “22AudienciaTramiteJuzgamiento30Junio2022”), sin que las **AFP** empleadores allegaran alguna prueba de que durante la vinculación del **DEMANDANTE** lo capacitaron sobre regímenes pensionales, por tanto, no se configuró la confesión porque no hubo reconocimiento expreso por el **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS.

De otra parte, no es correcta la manifestación de la apoderada de **COLPENSIONES** de que no es procedente declarar la ineficacia del traslado porque el **DEMANDANTE** no cumple los requisitos exigidos en las sentencias SU062 de 2010 y Su130 de 2013, toda vez que dichas providencias establecen la posibilidad de retornar al RPM en cualquier tiempo por régimen de transición por semanas cotizadas, asunto totalmente distinto al caso bajo estudio donde se discute dicho retorno por ineficacia del traslado por vulneración del deber de información.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que el **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados,

tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los

perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

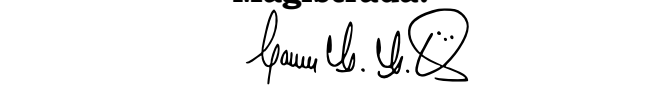
TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ALFREDO HERNANDEZ PARDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2021 00172 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2020-00082-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 04 de mayo de 2022 del Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS y valida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración por **COLFONDOS S.A.** y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS** (19:40 archivo “24AudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 2 a 11 archivo “01ExpedienteDigital”).

MYRIAM CAMARGO CAMARGO solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS, traslado del saldo de su CAIP sin gastos de administración, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 13 de julio de 1963, se afilió al ISS el 16 de febrero de 1998, que el 16 de marzo de 2000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP CITICOLFONDOS hoy

COLFONDOS S.A. y que nunca se afilió a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy **PROTECCIÓN S.A.** como erróneamente registra en su historial de vinculaciones, en todo caso, la AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 17 de febrero de 2020 agotó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y su vinculación a **COLFONDOS S.A.** Aseguró que la **DEMANDANTE** se trasladó desde la AFP ING hoy **PROTECCIÓN**, por lo cual se trató de un traslado de AFP, en todo caso, indicó que brindó asesoría especializada e idónea sobre las ventajas y desventajas del traslado de AFP, las condiciones del RAIS y proyecciones pensionales, asesoría que se realizó de forma verbal porque la normatividad vigente para esa fecha no obligaba a documentarla, por ende, no proceden las suplicas de la demanda porque la libertad informada de selección de régimen pensional fue garantizada, además que la **DEMANDANTE** no demostró ninguna causal de nulidad o ineficacia de su traslado pensional, en todo caso, en caso de condena, no procede la devolución de los gastos de administración. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a **COLFONDOS S.A.**, prescripción, compensación y pago y la innominada (Pág. 2 a 17 archivo “08ContestacionColfondos”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, vinculación al ISS y que se presentó reclamación administrativa. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, sin que la **DEMANDANTE** acredite causal de nulidad o ineficacia que sustente las pretensiones,

mientras que las pruebas documentales de las **AFP DEMANDADAS** demuestran que hubo una afiliación libre y voluntaria al RAIS, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción por edad y porque afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso la errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 3 a 39 archivo “09ContestacionColpensiones”).

Por auto del 21 de octubre de 2021, se vinculó a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Dicha AFP se opuso a las pretensiones. Indicó que la afiliada se vinculó a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 16 de febrero de 1998, con la cual se trasladó del RPM al RAIS, acto que se efectuó mediante formulario en el cual se dejó constancia por escrito de la voluntad informada de la **DEMANDANTE**, la cual se logró mediante asesoría adecuada y suficiente de los regímenes pensionales, permitiendo que adoptara la decisión informada que más le convenía. Interpuso la excepción de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validez del traslado a **COLFONDOS S.A.**, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de varias AFP convalidó la voluntad de afiliación a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y de la prima del seguro previsional y la genérica (Pág. 3 a 22 archivo “17ContestacionProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (19:40 archivo “24AudienciaSentencia”).

El 04 de mayo de 2022, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN y con esto a la afiliación realizada a MYRIAM CAMARGO CAMARGO, identificada con cédula de ciudadanía 23.855.513 el 18 de febrero de 1998, las fecha que di en la parte motiva correspondían a la efectividad, esto es, el 05 de marzo de 1998, se deja así aclarando en la parte resolutive de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** que MYRIAM CAMARGO CAMARGO, identificada con cédula de ciudadanía 23.855.513, se encuentra efectivamente afiliada a COLPENSIONES-. **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora MYRIAM CAMARGO CAMARGO a COLPENSIONES, junto con intereses, rendimientos y cuotas de administración. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de MYRIAM CAMARGO. **QUINTO: ORDENAR** a COLFONDOS realizar el traslado de las cuotas de administración, de manera proporcional al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha AFP y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas. **SEXTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, propuesta por PROTECCIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se absuelve a PROTECCIÓN de esta pretensión de devolución de cuotas de administración. **SÉPTIMO: DECLARARA NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, conforme lo expuesto en parte motiva de esta sentencia. **OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de COLFONDOS y de PROTECCIÓN. Para PROTECCIÓN 1.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, COLONOS 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, estas en favor de la parte DEMANDANTE, sin costas para COLPENSIONES. (...)”.

El a quo fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ la selección de régimen pensional presupone una libertad informada, por lo cual las AFP deben acreditar el cumplimiento diligente de su deber de información y buen consejo, para lo cual no basta la firma del formulario de afiliación, sin que las **AFP DEMANDADAS** demostraran el cumplimiento de dicho deber, por tanto, declaró ineficaz el traslado al RAIS pero se abstuvo de condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver gastos de administración porque se demostró que la **DEMANDANTE** no efectuó aportes durante su vinculación a AFP DAVIVIR y que el traslado de los aportes al RAIS se registró a favor de **COLFONDOS S.A.**

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial y solicitó condenar a **COLPENSIONES** a pagar costas, toda vez que se opuso a las pretensiones y resultó vencida en juicio (22:26 archivo “24AudienciaSentencia”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la **DEMANDANTE** no cumple los requisitos para trasladarse de régimen pensional ni acreditó engaño de la AFP que permita declarar la ineficacia de su vinculación a la misma, tampoco se demostró la falta de asesoría y la afiliada no usó la oportunidad legal de retracto de su afiliación al RAIS (24:16 archivo “24AudienciaSentencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Cindy Brillith Bautista Cardenas, identificada con CC 1.022.361.225 y TP 237.264 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo porque la **DEMANDANTE** no acreditó causal de nulidad o ineficacia de traslado al RAIS, no posible el retorno al RPM por la restricción por edad, no es exigible que las AFP documentaran la asesoría porque para la fecha del traslado no estaba vigente dicho deber y acceder a las pretensiones afecta la sostenibilidad financiera del SGP. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MYRIAM CAMARGO CAMARGO** nació el 13 de julio de 1963 (Pág. 27 archivo “*01ExpedienteDigital*”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 08 de mayo de 1992 al 28 de febrero de 1998, cotizando 249,57 semanas (carpeta “*11ExpedienteAdministrativo*”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 16 de febrero de 1998, efectivo a partir del 1º de abril de 1998 (Pág. 30 a 35 archivo “*17ContestacionProteccion*”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 16 de marzo de 2000, efectivo a partir del 1º de mayo de 2000 (Pág. 18 a 19 archivo “*08ContestacionColfondos*”), AFP donde sigue vinculada y donde acumula 1323 semanas cotizadas a diciembre de 2019 (Pág. 20 a 26 archivo “*01ExpedienteDigital*”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y valida la afiliación al RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y gastos de administración por **COLFONDOS S.A.** y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS**. Contra la anterior

decisión, la **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

“(…)

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

(…)”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** brinden asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias del traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con solo aportar los formularios de afiliación ya que la mera firma de éstos por el afiliado no exime las AFP de tal exigencia, siendo razonable concluir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron que cumplieron la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** manifestó en su interrogatorio que se trasladó al RAIS porque los asesores comerciales del fondo privado le indicaron que el ISS iba a acabarse y si no se trasladaba desde el RPM iba a perder sus aportes, luego afirmó que su traslado de AFP ocurrió por presión del empleador de ese entonces, por tanto, no se configuró confesión porque la **DEMANDANTE** nunca reconoció que fue debidamente asesorado sobre el alcance y consecuencias de su decisión de trasladarse al RAIS.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación de **COLPENSIONES** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de considerar que la **DEMANDANTE**, de manera libre y voluntaria, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no usar el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

En tal sentido se confirmará la condena para ajustar su alcance e incluir a **PROTECCIÓN S.A.**, por cuanto si bien dicha AFP indicó que no recibió ningún aporte durante el periodo de vinculación de la **DEMANDANTE**, la historia laboral de **COLPENSIONES** registra que los pagos efectuados entre marzo de 1998 y diciembre de 1999 fueron devueltos al RAIS (carpeta “11ExpedienteAdministrativo”), mientras que la historia laboral de **COLFONDOS S.A.** registra dicho periodo como registradas en el RPM (Pág. 20 a 26 archivo “01ExpedienteDigital”), lo cual permite inferir, razonablemente, que posiblemente hubo pago de aportes y, en caso de que ello no haya sido así, podrá **PROTECCIÓN S.A.** acreditarlo en el eventual proceso administrativo o judicial que pueda adelantarse en contra de dicha AFP reclamando la devolución de los gastos de administración, primas de seguro previsional y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

También se adicionará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación de la **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Se confirmará la condena a costas de primera instancia a cargo exclusivamente de las **AFP DEMANDADAS**, por cuanto las órdenes dictadas contra **COLPENSIONES** son una consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional declarada y no de los actos propios de dicha administradora pública. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de primera instancia y en su lugar **CONDENAR**

a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos. Así mismo **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. De otra parte, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de las **AFP DEMANDADAS** los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral octavo de la sentencia de primera instancia, en el sentido **CONDENAR** en costas de primera instancia únicamente a las **AFP DEMANDADAS** y deberán ser tasadas por la *a quo*.

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

CUARTO: 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

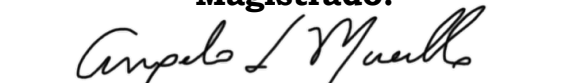
asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

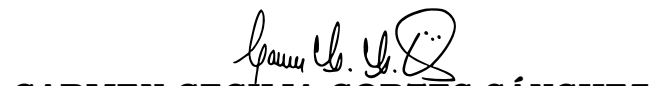
QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

SEXTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MYRIAM CAMARGO CAMARGO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2020 00082 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada