República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.02-2016-00738-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 del demandante ALFREDO DE JESUS CORTES CASTRO por la sentencia del 27 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a ECOPETROL S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada y condenó en costas a la parte demandante en cuantía de medio salario mínimo mensual legal vigente (*min. 23:02, archivo "10. AUDIENCIA ART. 80 C.P.T.-S.S. FALLO - 20220127")*.

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

ALFREDO DE JESUS CORTES CASTRO presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ECOPETROL S.A.**, con el fin de que se reconozca y pague la remuneración nocturna ordinaria y festiva desde el 23 de abril de 2004 hasta el 30 de julio de 2010; consecuencialmente, el reajuste de prestaciones sociales, vacaciones,

antigüedad, prima de vacaciones, plan quinquenal, bonificación por pensión, reajuste de la pensión de jubilación, indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que laboró para ECOPETROL S.A. por más de 20 años, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, terminado con ocasión del reconocimiento de la pensión de jubilación que le hizo la empresa; que fue ascendido el 23 de abril de 2004 como supervisor de operaciones del departamento de refinación de fondos, teniendo un horario permanente, pero que la demandada nunca le pago remuneración nocturna ordinaria y festiva desde el mismo momento del ascenso; y que presentó la respectiva reclamación administrativa, sin tener respuesta favorable (*pág. 119 a 126, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

ECOPETROL S.A. se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, tiempo de vinculación y calidad de pensionado del demandante, frente a los demás manifestó no ser ciertos. Como medio de defensa propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, inexistencia de la obligación reclamada y prescripción (inicialmente como previa y posteriormente diferida por *a quo* para resolverla en la sentencia (*pág. 175 a 126, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 23:02, archivo "10. AUDIENCIA ART. 80 C.P.T.-S.S. FALLO - 20220127"*)

El 27 de enero de 2022, el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*(…) **PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ECOPETROL S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante el señor ALFREDO DE JESÚS CORTÉS CASTRO.*

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA *la excepción de inexistencia de la obligación reclamada, propuesta por la demandada ECOPETROL S.A.* ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandante dentro de las que se incluirá como agencias en derecho la suma equivalente a medio (½) salario mínimo mensual legal vigente.* ***CUARTO:*** *De no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el superior. (…)*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asiste derecho al pago de la remuneración nocturna, ordinaria y festiva desde el 23 de julio de 2004 hasta el 30 de julio de 2010, fecha en que se pensionó y la viabilidad de los reajustes reclamados.

Para resolver, indicó que revisado el cuadro de turnos aportados el expediente del año 2007 a 2010, en los turnos laborados de 10 pm a 6 am, código T024, y la relación de pagos del último años de servicios y la certificación por pagos de nómina, concluyó que el demandante desde el año 2006 al año 2010 laboró solo en turnos nocturnos que fueron establecidos conforme al artículo 161 literal e del CST, esto es, dentro de una jornada flexible que no superaba los 6 días a la semana ni superaba las 8 horas diarias ni las 48 horas a la semana. Y que en gracia de discusión no es posible establecer que no se haya cancelado dicha remuneración, por el contrario tales emolumentos fueron cancelados de forma habitual al demandante pues hacían parte de la remuneración y fueron tenidos en cuenta por el empleador tanto para el pago de prestaciones y para la liquidación de la pensión de jubilación, por lo que al no acreditarse una suma pendiente de pago o que la fijación del horario establecido generara la remuneración pretendida en el horario de 10 pm a 6 am y en días festivos, la decisión es de tipo absolutorio.

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 del 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, las partes no presentaron escrito de 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 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 los recargos por haber laborado en jornada nocturna ordinaria y festiva, con los correspondientes recargos, desde el 23 de abril de 2004 hasta el 29 de julio de 2010 y, como consecuencia, si procede el reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, antigüedad, prima de vacaciones, plan quinquenal, bonificación por pensión, reajuste de la pensión de jubilación, 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 **ALFREDO DE JESUS CORTES CASTRO**: ***i)*** se vinculó con **ECOPETROL S.A.** por medio de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de febrero de 1989 hasta el 29 de julio de 2010, teniendo como último cargo desempeñado el de Supervisor II VRP *(pág. 7, 136, 147 a 149, 169 y 172, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021")*; ***ii)*** con ocasión del ascenso al cargo de Supervisor/Técnico Operaciones fue incluido en la nómina directiva de Ecopetrol y reajustado su salario en la suma de $2.321.000, a partir del 1° de julio de 2006 *(pág. 158, archivo*

"01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021"); ***iii)*** *y* fue pensionado por ECOPETROL S.A. a partir del 30 de julio de 2010, por Plan 70 (*pág. 137 archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021")*

Lo que se controvierte en el presente proceso es si el demandante causó el derecho al pago de los recargos por prestación del servicio en jornadas nocturnas ordinarias y festivas pues ECOPETROL manifestó su improcedencia, entre otros argumentos, por cuanto el trabajador desde su ascenso al cargo de supervisor fue considerado como de dirección, confianza y manejo.

Así las cosas, resolverá la Sala el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la carga de la prueba sobre trabajo suplementario y recargos.**

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que corresponde al demandante acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en los tiempos y condiciones que generan el pago de trabajo suplementario (horas extras) o recargos (nocturno, dominical o festivo), por cuanto la prueba de su generación no es dable mediante suposiciones, debiéndose determinar con precisión la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendiente de pago, tal y como ha sostenido la alta Corporación en las sentencias SL3009 de 2017, SL3085 de 2019, SL5432 de 2019, SL866 de 2020, SL4701 de 2020, entre otras.

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de tales conceptos debe acreditar, de forma contundente, la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

- **Sobre el trabajo suplementario de los empleados de dirección confianza y manejo**

La Sala de Casación de la H. CSJ ha reiterado que la calidad de trabajador de dirección, confianza y manejo no se adquiere por su sola

estipulación, pues depende de si las funciones asignadas al trabajador se adecuan a tal concepto, por lo que las cláusulas que se pacten en tal sentido son en sí mismas, superfluas e inútiles y, por ende, ineficaces por su propia naturaleza. El trabajador de dirección confianza y manejo no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino en razón de la naturaleza de sus funciones (SL1068-2021).

Igualmente, la misma Corporación ha establecido que si bien conforme con el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza o manejo, están excluidos de la jornada máxima legal, y por tanto de horas extras, no puede entenderse incluido en esa excepción el recargo por jornada nocturna ni el trabajo en días dominicales y festivos, los cuales de acreditarse deben ser remunerados (CSJ SL 40016 de 2012 y SL 6738 de 2016).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, le correspondía a ALFREDO DE JESUS CORTES CASTRO acreditar haber laborado en horario nocturno, domingos y festivos durante la ejecución del contrato y por el periodo reclamado y que, a pesar de ello, los servicios no fueron remunerados con el porcentaje adicional.

El artículo 161 del CST, vigente para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo del demandante, establece que la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, siendo ordinaria aquella jornada que inicia a las 6 de la mañana y terminaba a las 10 de la noche (art. 160 CST).

A su vez el artículo 168 *ibídem* determina que el trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno; a su

vez, el trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno y, finalmente, el trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

Revisadas las pruebas del expediente digital, inicialmente encuentra la Sala que mediante comunicación del 7 de julio de 2006 ECOPETROL S.A. le notificó al demandante el reajuste del salario con ocasión del ascenso al cargo de supervisor, que hacia parte de la nómina directiva de la compañía, por lo que le informan que el nuevo salario de $2.321.000 compensa el valor de los servicios que preste en exceso de la jornada diaria ordinaria, así como las labores ejecutadas en tiempo nocturno (*pág. 158, archivo "01.DemandayAnexos"), situación fáctica sobre la cual la empresa demandada edificó su estrategia de defensa.*

No obstante, como se indicó en el referente jurisprudencial, para demostrar la calidad de trabajador de dirección, confianza y manejo se requería probar plenamente las funciones desempeñadas por el trabajador para efectos de identificar que efectivamente hacia parte de esta clasificación, circunstancia que para la Sala no está plenamente demostrada pues no se aportaron suficientes elementos de juicio para su comprobación. En gracia de discusión, si se aceptará que en realidad el demandante era un trabajador con esas calidades, el pacto sobre la compensación por recargos nocturnos solo sería viable en caso de que los valores anticipados cubran los montos de dichos recargos, de no ser así, se afectarían derechos mínimos e irrenunciables del trabajador (art. 13 del CST), dado que estos pagos forman parte del salario, como lo determina el artículo 127 de la norma sustantiva.

Ahora, la parte demandante allegó relación de turnos de trabajo, que no fue desconocida por la parte demandada, que dan cuenta de las condiciones en las cuales prestó sus servicios a ECOPETROL S.A., pero sólo a partir del 26 de mayo de 2007 hasta su finalización, 29 de julio de 2010, (*pág. 12 a 107, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de*

marzo de 2021"), de donde se concluye que ALFREDO DE JESUS CORTES CASTRO cumplía funciones por regla general en ese periodo, en tres turnos de 8 horas cada uno, siendo el primer turno de 6 de la mañana a 2 de la tarde, el segundo turno de 2 de la tarde a 10 de la noche y el tercer turno de 10 de la noche a 6 de la mañana, tal y como lo indicó en su interrogatorio, información que también se corrobora con la relación de turnos aportada por la demandada (pág. 333 a 423 y 430 a 520 *archivo 01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021).*

Al revisar cada una de esas páginas, se tiene obtiene que el demandante laboró durante jornada ordinaria nocturna, dominical y festiva en el año 2007 un total de 53 días, año 2008 79 días, año 2009 107 días y año 2010 42 días.

Ahora, en la página 170 del archivo "*01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021*" la demandada allegó certificación del 12 de diciembre de 2011, que contiene el consolidado de horas laboradas canceladas a favor de ALFREDO DE JESUS CORTES CASTRO, incluidos los dominicales y festivos hasta la finalización del contrato.

En la página 140 del mismo archivo, reposa certificado de ganancias del último año de servicios de la coordinación de nómina de ECOPETROL S.A., que se tuvo en cuenta para liquidar la pensión de jubilación convencional, entre ellos, un monto por valor de $12.144.993 por concepto de horas extras.

En cumplimiento de un requerimiento que hizo el juzgador de primer grado, ECOPETROL S.A., es escrito de fecha 5 de septiembre de 2018, (*pág. 427 a 429, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021*") que no fue objeto de reproche por la parte demandante, aclaró que ese monto por horas extras no corresponde estrictamente a dicho concepto, toda vez que el demandante en su calidad de trabajador de dirección y confianza no genera pagos de tal carácter, pero que se incluyó así en el listado de gananciales por simplicidad de formato, correspondiendo dicha suma a los conceptos

de dominicales y festivos, reconocimiento diurno convencional, reconocimiento diurno dominical y festivo, reconocimiento nocturno convencional, reconocimiento nocturno dominical y festivo, entre otros.

Por lo tanto, al acreditar ECOPETROL S.A. que pagó remuneración correspondiente por recargos nocturnos, por lo menos durante el último año de servicios, y pagó recargos por dominicales y festivos, no solo del último año del servicio, sino que aparecen desagregadas por valor hora desde más allá del año 2005, son aspectos que desvirtúan el reclamo del demandante. Por tanto, se demuestra con claridad que los días domingos y festivos laborados, si fueron remunerados con el porcentaje adicional; que durante el último año de su vinculación si le pagaron sumas por recargos nocturnos; y además, dichos conceptos fueron tenidos en cuenta para el cálculo de la mesada pensional de jubilación, nada diferente se puede concluir del contenido del oficio de reconocimiento y las liquidaciones que reposan en el expediente digital (*pág. 137 a 143, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021"*).

En el presente caso es ostensible la deficiencia probatoria, pues no se allegó la convención colectiva de trabajo que permitiera determinar cómo fueron pactados los recargos nocturnos y de fines de semana y su incidencia prestacional; omitió la parte actora aportar los desprendibles de nómina mes a mes anteriores a julio de 2009 (*los del último año de servicios fueron allegados por la demandada, pág. 142 y 143, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021"*) para establecer los conceptos que fueron liquidados, ni se acreditaron los periodos laborados antes de mayo de 2007, como tampoco se indicó con claridad si la pretensión hacía referencia a la remuneración legal o convencional, pues ECOPETROL demostró que al trabajador se le remuneraba las dos clases de conceptos.

Bajo ese escenario, le correspondía al demandante acreditar en forma concreta y especifica los días laborados en turno de 10 de la

noche a las 6 de la mañana que la demandada omitió remunerar con el porcentaje adicional; los domingos y festivos que no le fueron cancelados con recargos, y cuáles de estos conceptos no fueron incluidos para calcular el ingreso base de liquidación de la mesada pensional (promedio de lo devengado en el último año de servicios), carga demostrativa que no cumplió el interesado.

Ahora, teniendo plena certeza que las sumas reclamadas en este proceso se tuvieron en cuenta para calcular la mesada pensional del demandante, en caso de haberse acreditado días laborados pendientes de remuneración por recargo nocturno y festivos que conllevara a su reconocimiento y a la reliquidación de las prestaciones, salvo la pensional, operaría el fenómeno prescriptivo de aquellos causados con anterioridad al 23 de febrero de 2010 en consideración a que la reclamación administrativa fue presentada el 22 de febrero de 2013 (*pág. 8 y 9, archivo "01. Expediente Digitalizado - 15 de marzo de 2021*").

Por el anterior análisis, resulta acertada la decisión absolutoria impartida por el juzgado de instancia, motivo por el cual se confirmará la sentencia consultada.

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

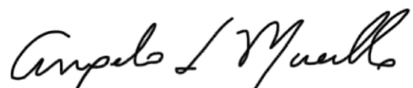
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 02-2019-00459-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 25 de julio de 2022 del Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, ordenó reactivar la vinculación al RPM y actualizar la historia laboral y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (01:12:17 archivo "*11. AUDIENCIA ART. 77-80 C.P.T. S.S FALLO*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 83 a 98 archivo "*01. Expediente digitalizado hasta 26-11-2020*").**

JOSÉ ROBERTO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, el traslado del saldo de la CAIP, reactivar su afiliación en el RPM.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 17 de enero de 1958, se afilió al extinto ISS el 08 de septiembre de 1980, que el 02 de febrero de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN 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 la AFP le indicó que su pensión sería de 1 SMLMV, siendo engañado porque no se le explicaron las desventajas del traslado al RAIS.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y vinculación al ISS. Indicó que no participó en el traslado al RAIS del **DEMANDANTE**, quien no demostró ninguna causal de nulidad, por el contrario, se allegó formulario de afiliación que cumple todos los requisitos legales y no se observa inconformidad o protesto alguno del afiliado por constreñimientos o presiones indebidas, no procede el retorno al RPM por restricción por edad y acceder a lo pretendido afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Interpuso las excepciones de 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. 106 a 135 archivo "*01. Expediente digitalizado hasta 26-11-2020*").

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. Indicó que comunicó al **DEMANDANTE** las características de los regímenes pensionales, las condiciones para realizar el traslado entre éstos, sin que el afiliado cumpla las condiciones para retornar al RPM en cualquier momento conforme la SU062 de 2010, siendo pública la crisis del ISS, además se explicaron las condiciones para generar la pensión en el ISS y toda la información objetiva para que el afiliado tomara una decisión libre pero informada, **DEMANDANTE** que nunca manifestó queja alguna de permanencia al RAIS ni su voluntad de retornar al RPM. 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulo o ineficaz la afiliación por falta de causa e inexistencia de devolver la prima de seguro previsional y la genérica (Pág. 3 a 22 archivo "*04. Contestación demanda Protección s.a. 13-01-2021*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:12:17 archivo "*11. AUDIENCIA ART. 77-80 C.P.T. S.S FALLO*").

El 25 de julio de 2022, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado realizado por el señor JOSÉ ROBERTO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ identificado con cédula de ciudadanía 3.149.436 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. el 05 de enero de 1995, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.* ***SEGUNDO: SE CONDENARÁ*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante JOSÉ ROBERTO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de administración y sumas adicionales de las aseguradoras, sin lugar a descuento alguno o a deterioro sufrido por el bien administrado.* ***TERCERO: SE ORDENARÁ*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación efectuada el 08 de septiembre de 1980, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información de historia laboral.* ***CUARTO: SE DECLARARÁN NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por las DEMANDADAS.* ***QUINTO: SE CONDENARÁ*** *en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.* ***SEXTO:*** *si no fuere apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el Superior. (…)".*

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

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen pensional depende de que la AFP cumpla diligentemente el deber de información para que el consentimiento sea informado, carga de la prueba que la AFP no cumple solo con la mera firma del formulario de afiliación ni expresiones genéricas y si no se acredita tal deber el traslado es ineficaz y en el caso bajo estudio la AFP solo aportó el formulario de afiliación ni hubo confesión del **DEMANDANTE**, ni se aplica la tesis del acto de relacionamiento, por tanto, accedió a las pretensiones y condenó en costas a la AFP.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que no procede declarar ineficaz el traslado, porque el **DEMANDANTE** recibió asesoría al momento del traslado y expuso características del RAIS, posteriormente, tuvo una reasesoría en la cual la AFP indicó que era mejor el RPM, instante en el cual podía retornar al mismo, pero de forma negligente no efectuó ninguna acción tendiente a ello y ni siquiera se acercó a **COLPENSIONES** a solicitar información, por ende, cualquier eventual falta de información fue subsanada y el afiliado reconoció que firmó libremente su vinculación a la AFP. De forma subsidiaria reclamó adicionar el fallo en el sentido de señalar que **COLPENSIONES** puede reclamar judicialmente ante la AFP la indemnización por daños y perjuicios que cause el traslado (01:14:21 archivo "*11. AUDIENCIA ART. 77-80 C.P.T. S.S FALLO*").

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 de primera instancia, por ser acorde a derecho y al precedente jurisprudencial aplicable. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Oriana Espitia García, identificada con CC 1.034.305.197 y TP 291.494 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo al no proceder el retorno al RPM por la restricción por edad, ni la **DEMANDANTE** acreditó ningún vicio del

consentimiento y de haber existido se saneó por el paso del tiempo, no procede la inversión de la carga de la prueba, no se valoró que el cumplimiento del deber de información se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y acceder a las pretensiones desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Agotado el término, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** se abstuvo de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **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 **JOSÉ ROBERTO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ** nació el 17 de enero de 1958 (Pág. 21 archivo "*01. Expediente digitalizado hasta 26-*

11-2020"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 08 de septiembre de 1980 al 31 de enero de 1995, donde cotizó 313 semanas (carpeta "*EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** del 05 de enero de 1995, efectivo a partir del 1º de febrero de 1995, AFP donde permanece vinculado y acumula 1827,58 semanas cotizadas a enero de 2021 (Pág. 34, 35 y 84 archivo "*04. Contestación demanda Protección s.a. 13-01-2021*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, ordenó reactivar la vinculación al RPM y actualizar la historia laboral y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la*	*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*

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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, **PROTECCIÓN S.A.** acreditó que el 30 de octubre de 2009 informó al afiliado, mediante formulario escrito y por invitación del asesor del fondo, que no le convenía económicamente permanecer en la AFP, pero el afiliado aplazó la decisión a adoptar con la subsecuente advertencia escrita de que tendría hasta el 15 de enero de 2010 para decidir ya que luego de dicha fecha no podría retornar al RPM por la restricción de traslado por edad, así mismo se adjuntó a la reasesoría las proyecciones de la mesada en RAIS y RPM, siendo la mesada a los 62 años en RAIS de $1.093.732 y en el RPM de $1.996.000 por cuanto la pensión en la AFP sería del 54,8% del IBL y en el ISS del 76,99%, con una diferencia de más de 20 puntos porcentuales entre la una y la otra (Pág. 87 a 89 archivo "*04. Contestación demanda Protección s.a. 13-01-2021*").

Los anteriores elementos de prueba acreditan que **PROTECCIÓN S.A.**, con anterioridad a la restricción de traslado de régimen pensional, informó al **DEMANDANTE** las consecuencias negativas de permanecer en el RAIS; no obstante, la H. CSJ en el fallo de tutela STL527 de 18 de enero de 2021 (NI 61.684), revocó la sentencia de segunda instancia proferida esta Sala de Decisión en el proceso con RAD. 31-2018-000572-01, en el cual se consideró que la AFP había acreditado el deber de asesoría al informar al afiliado que la mesada en el RAIS sería inferior que en el RPM, antes de la restricción de traslado de régimen pensional por edad, pero para la Sala de Casación Laboral, por tratarse de un hecho posterior a la data del traslado de régimen pensional, dicha asesoría, no suple el cumplimiento del deber de información que se exige al momento del traslado, en garantía de la voluntad informada del afiliado.

Acogiendo el criterio expuesto por la H. CSJ en la precitada sentencia de tutela, concluye la Sala que no hay prueba de 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 firma del mismo por el afiliado la 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 en 1995.

De otra parte, en el interrogatorio del **DEMANDANTE** no hubo confesión, ya que el afiliado no reconoció expresamente haber sido debidamente asesorado al momento de su traslado al RAIS sobre el alcance y consecuencias de su decisión.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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 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.

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 **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 salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

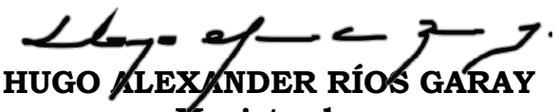
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo al fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos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

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

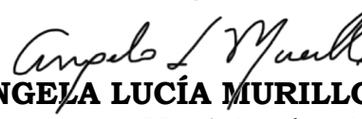
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE ROBERTO SANCHEZ HERNANDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00459 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.04 2017 00141 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a COLPENSIONES a pagar a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. la suma de $70.228.237 por retroactivo pensional, debidamente indexado, declaró probada la excepción de compensación por valor de $4.229.295 y condenó en costas a COLPENSIONES en cuantía de un (1) SMLMV *(27:42 archivo "2017-00141-20211028_102311-Grabacion de la reunión" carpeta "Folio 258 Audiencia 28-10-2021").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. - ELECTRICARIBE S.A. E.S.P, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **CARLOS CRUZ CUADRADO** con el fin de que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar en su favor el retroactivo pensional reconocido a CARLOS CRUZ CUADRADO por la suma de $77.727.032, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

Como fundamento factico indicó que CARLOS CRUZ CUADRADO nació el 17 de diciembre de 1951, laboró para ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. desde el 13 de marzo de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1998; que mediante acta de conciliación de fecha 12 de enero de 1999, reconoció pensión voluntaria anticipada y temporal de vejez a CARLOS CRUZ CUADRADO a partir del 01 de enero de 1999; que continuó efectuando el pago de los aportes a pensión para posteriormente compartir la prestación con el ISS; y que el ISS mediante Resolución No.000036 del 30 de enero de 2000, reconoció pensión de invalidez a CARLOS CRUZ CUADRADO en cuantía de $288.493 efectiva a partir del 27 de junio de 1996.

Adicionalmente, señaló que CARLOS CRUZ CUADRADO solicitó a COLPENSIONES el cambio de pensión de invalidez a pensión vitalicia de vejez, la cual le fue concedida en Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014, donde se ordenó el pago del retroactivo pensional en favor de éste; que mediante escrito del 30 de agosto de 2016, solicitó a COLPENSIONES la revocatoria directa de la resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014, quien mediante Resolución APHNR del 18 de octubre de 2016, le solicitó a CARLOS CRUZ CUADRADO el consentimiento para revocar las resoluciones No. 000026 del 30 de enero de 2000 y Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014; que Colpensiones mediante Resolución GNR 31364 del 25 de enero de 2017, le negó el pago del retroactivo pensional a pesar de que entre el 17 de diciembre de 2011 y el 01 de julio de 2014 continuó pagando al señor Carlos Cruz Cuadrado la mesada pensional que para dicha data estaba a cargo del ISS *(pág. 3 a 10, archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados).*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos en su totalidad. En su defensa, propuso las excepciones que denominó carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica *(pág. 105 a 112 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados).*

El Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 04 de octubre de 2019 tuvo por no contestada la demanda por **CARLOS CRUZ CUADRADO** *(pág. 221 y 222 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(27:42 archivo "2017-00141-20211028_102311-Grabacion de la reunión.mp4" carpeta Folio 258 Audiencia 28-10-2021)

El 28 de octubre de 2021, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** DECLARAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES debe reconocer y pagar a favor de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. el retroactivo de la pensión de vejez concedida a CARLOS CRUZ CUADRADO en cuantía de $70.228.237 debidamente indexados previa deducción de la diferencia entre la pensión legal y la de jubilación por valor de $4.229.295. **SEGUNDO:** DECLARAR probada la excepción de compensación por valor de $4.229.295 conforme lo expuesto en la parte motiva e igualmente la de improcedencia de intereses moratorios, declarar no probadas las demás excepciones propuestas. **TERCERO:** NEGAR las demás pretensiones conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO**: CONDENAR en costas a la parte demandada, se fijan como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV. **QUINTO**: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral".*

El juzgado fijó como problema jurídico determinar si hay lugar a condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. el retroactivo de la pensión de vejez concedida a CARLOS CRUZ CUADRADO en cuantía de $77.727.032 y, si como consecuencia de ello, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de la condena impuesta.

Para resolver, indicó que conforme al acta de conciliación suscrita entre ELECTRICARIBE S.A. y CARLOS CRUZ CUADRADO se pactó que la empresa pagaría la pensión hasta el momento en que el trabajador cumpla los 60 años de edad, pues la prestación reconocida es incompatible con cualquier pensión de vejez o de sobrevivientes y que en el momento en el que el ISS reconozca la pensión de vejez o de sobrevivientes solo quedara a cargo de la empresa el mayor valor si hubiere entre la pensión que venía reconociendo y la que reconozca el ISS.

Señaló que al trabajador le fue reconocida pensión de invalidez en el año 2000 y que era efectiva a partir de 1996 y que luego en el año 2014 COLPENSIONES convirtió esa pensión en una pensión de vejez a partir del momento en que el demandado cumplió el requisito de edad el 11 de diciembre de 2011, ordenando pagar las mesadas pensionales a partir de esa fecha y dispuso que el retroactivo fuera pagado en favor del señor Carlos Cruz Cuadrado, a pesar, concluye el despacho, de que ese retroactivo pensional debió pagarse a la demandante ELECTRICARIBE S.A., siendo viable acceder a la pretensión principal sin encontrar prosperidad la excepción de prescripción pero si la de compensación por cuanto entre el 17 diciembre de 2011 a 1 de julio de 2014 se causó una diferencia por valor de $4.229.295 que deben ser pagadas por ELECTRICARIBE, por lo tanto este valor debe ser descontado del total de retroactivo pensional a cargo de COLPENSIONES, por valor de $70.228.237.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** presentó recurso de apelación parcial en cuanto se declaró probada la excepción de compensación. Para sustentar, indicó que comparte la consideración de condenar al pago de $70.228.237, suma inferior a la pagada por ELECTRICARIBE durante el periodo comprendido entre el 17 de diciembre de 2011 y el 01 de julio de 2014, que el despacho incurre en yerro al declarar probada la excepción de compensación por valor de $4.229.295, toda vez que este valor no le correspondía pagar a COLPENSIONES y la misma no pago; que al analizar la Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014, COLPENSIONES liquida el retroactivo y

descuenta pagos ya efectuados que correspondían a la pensión de invalidez y allí liquida este valor de $70.228.237 que corresponde el retroactivo de la pensión de vejez causado y materializado de diciembre de 2011, que conforme a ello no hay lugar a afectar el retroactivo con el mayor valor que se encontraba a cargo de Electricaribe; que la mesada pensional reconocida por Electricaribe es superior a la reconocida por Colpensiones y por tanto el empleador tiene derecho al reconocimiento del 100% del retroactivo pensional, y que el juez ordenó compensar una suma de dinero que no ha pagado Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al ser una entidad de seguridad social del orden público, la garante de dichas condenas la NACIÓN y 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 de primera instancia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S,, quien actúa como apoderada principal de COLPENSIONES, a través de su representante legal sustituyó el poder al doctor Jaime Andrés Zuluaga Castaño, identificado con CC 1.053.806.084 y T.P 287.279 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos señaló que no es posible el reconocimiento de una prestación a favor de la demandante, pues no acreditó ni un solo requisitos de los preceptuados en el imperio de la ley.

Por su parte el apoderado de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. en su escrito de alegatos de conclusión solicitó se modifique la sentencia de primera instancia y se declare no probada la excepción de compensación.

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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si hay lugar a condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. el retroactivo de la pensión de vejez concedida a CARLOS CRUZ CUADRADO, así como determinar si hay lugar a declarar probada la excepción de compensación conforme lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente litigio no existe controversia que: ***i)*** ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. mediante acta de conciliación suscrita el día 12 de enero de 1999, reconoció pensión voluntaria a CARLOS CRUZ CUADRADO hasta cuando el trabajador completara los 60 años y posteriormente pagaría el mayor valor si existiere *(pág. 12 a 14, archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados);* ***ii)*** El Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No.000036 del 30 de enero de 2000, reconoció a CARLOS CRUZ CUADRADO pensión de invalidez de origen no profesional a partir del 27 de junio de 1996, en cuantía de $288.493, posteriormente COLPENSIONES mediante Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014 convirtió dicha prestación en pensión de vejez reconoció a favor de CARLOS CRUZ CUADRADO una mesada en cuantía de $2.049.571, a partir del 17 de diciembre de 2011, con un retroactivo causado de $70.228.237, de los cuales descontó la suma de $32.637.161 por valores pagados con ocasión de la pensión de invalidez y puso a disposición del pensionado un retroactivo por valor de $29´679.976 *(pág. 18 a 21 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados);* ***iii)*** ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. mediante radicado 2016_9979475 del 30 de agosto de 2016, solicitó a COLPENSIONES la revocatoria directa de la Resolución GNR 252262 del 11 de julio de 2014 y el pago del retroactivo pensional *(pág. 22 a 28 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados);* ***iv)*** COLPENSIONES, mediante Resolución APGNR 1 del 18

de octubre de 2016, solicitó a CARLOS CRUZ CUADRADO consentimiento para revocar las resoluciones No.000036 del 30 de enero de 2000 y GNR 252662 del 11 de julio de 2014 (*pág. 29 a 33 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados);* ***v)*** y mediante Resolución GNR 31364 del 25 de enero de 2017 notificada el día 24 de febrero de 2017, negó el pago del retroactivo pensional a ELECTRICARIBE S.A (pág. 34 a 40 *archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados).*

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la pensión de vejez compartida y el retroactivo pensional en favor del empleador**

El artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que las pensiones de jubilación extralegales reconocidas por los empleadores a partir del 17 de octubre de 1985 son de carácter compartido, así mismo el artículo en mención establece que el empleador continuará realizando las cotizaciones al ISS hasta cuando los asegurados cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y a partir de allí la obligación de pagar la pensión corresponde al ISS y el empleador solo estará obligado a pagar el mayor valor entre la pensión extralegal y la pensión de vejez si existiere. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que las pensiones extralegales otorgadas a partir del 17 de octubre de 1985 son de carácter compartido, sin embargo, las partes pueden pactar de manera expresa su compatibilidad con la posible pensión de vejez a cargo del ISS (SL 4927 de 2021, SL 2171 de 2022, SL 4927 DE 2019).

La misma Corporación de cierre, en casos similares al sometió bajo estudio, ha establecido que la pensión de vejez compartida es una sola y la obligación del empleador únicamente recae en pagar el mayor valor si existiere, por ende, si en algún caso el empleador continúa pagando la pensión extralegal completa después de la fecha en que el fondo de

pensiones debía asumir el pago de la pensión vejez, es el empleador el que tiene derecho al pago del retroactivo pensional *(SL 30001 de 2007, SL 40113 de 2011, SL 4978 de 2018, SL2564 de 2020, SL4145 de 2020 y SL 801 de 2021, entre otras).*

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio no existe duda que CARLOS CRUZ CUADRADO fue pensionado de manera anticipada por ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. mediante acta de conciliación suscrita el día 12 de enero de 1999 y en la misma se determinó que la pensión seria de carácter compartida con la que llegare a tener derecho en el ISS y pagada hasta cuando el trabajador completara los 60 años y a partir de allí pagaría el mayor valor si llegare a existir *(pág. 12 a 14 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados).*

Por lo anterior, al tener la pensión el carácter de compartida la obligación de ELECTRICARIBE S.A E.S.P. de pagar la pensión extralegal culminó el día 17 de diciembre de 2011, cuando CARLOS CRUZ CUADRADO cumplió 60 años de edad y demás requisitos para pensionarse por vejez ante el ISS hoy COLPENSIONES; a partir de esa fecha solo le correspondía pagar el mayor valor entre la pensión extralegal y la pensión legal. Sin embargo, de las pruebas allegadas, se encuentra demostrado que ELECTRICARIBE continúo pagando la pensión extralegal con posterioridad al 17 de diciembre de 2011. *(pág. 1 a 75 archivo "PEN-0197-2020-Juzgado Cuarto Laboral del circuito de Bogotá" carpeta Folio 303)*, de la siguiente manera:

AÑO	VALOR MESADA PAGADO
2011	$2.106.232,00
2012	$2.173.000,00
2013	$2.254.053,00
2014	$2.309.052,00

En esos mismos documentos, obra certificación del 26 de febrero de 2020 que da cuenta que la compartibilidad de la pensión de jubilación voluntaria tan solo se materializó por parte de ELECTRICARIBE desde el 1° de marzo de 2016, momento en que empezó a pagar la diferencia entre

la pensión voluntaria y la reconocida por COLPENSIONES. Igualmente, por concepto de mesadas pagadas entre el 17 de diciembre de 2011 y el 30 de junio de 2014, incluyendo la mesada 14, ELECTRICARIBE pagó a CARLOS CRUZ CUADRADO la suma de $79.125.014,27, mesadas de las cuales se descontó el 12% correspondiente a los aportes en salud.

Ahora, COLPENSIONES mediante Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014 *(pág. 18 a 21 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados)* reconoció a CARLOS CRUZ CUADRADO pensión de vejez con efectos a partir del 17 de diciembre de 2011, reconociendo como retroactivo pensional la suma de $70.228.237, valor del cual descontó lo relacionado con aportes en salud ($7.911.100) y lo pagado por concepto de pensión de invalidez ($32.637.161), ordenando pagar a CARLOS CRUZ CUADRADO el saldo correspondiente por $29.679.976, monto que en efecto fue girada a su favor en la nómina del mes de julio de 2014, según lo informó COLPENSIONES en comunicación del 28 de febrero de 2020 (*anexo "3. 2017-00141 Certificacion Colpensiones - Folios 306-308", archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados*). El valor de la mesada reconocida por COLPENSIONES, que se tuvo en cuenta para calcular el retroactivo pensional, fue el siguiente:

AÑO	**VALOR MESADA**
2011	$ 2.049.571,00
2012	$ 2.126.020,00
2013	$ 2.177.894,00
2014	$ 2.220.146,00

Así, el valor de la mesada pensional reconocida por ELECTRICARIBE es mucho más alta que la generada por la pensión de vejez pagada por parte de COLPENSIONES.

Por lo tanto, la obligación de ELECTRICARIBE de pagar el 100% de la pensión extralegal finalizó el día 17 de diciembre de 2011, sin embargo, continuó sufragando los pagos completos, teniendo solo la obligación de hacerlo en el mayor valor, razón por la cual el retroactivo pensional generado con el reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES, causado desde el 17 de diciembre de 2011 hasta el día en que dicho fondo

de pensiones incluyó la prestación en nómina de pensionados, julio de 2014, le corresponde en un 100% a ELECTRICARIBE.

Ahora, para efectos de que el empleador pueda obtener el pago del retroactivo pensional generado con ocasión de una prestación pensional de carácter compartida se requiere que, previo al cumplimiento de los requisitos legales del pensionado, ponga en conocimiento del fondo de pensiones la existencia de la pensión con ese carácter o, incluso, como en este caso que el empleador continuó realizando cotizaciones, adelantar las gestiones pertinentes cuando su extrabajador este cerca del cumplimiento de los requisitos pensionales legales, con el fin de buscar reducir o extinguir su obligación pensional, evitando que el fondo pensional pague el retroactivo pensional al pensionado o logrando el pago directo al empleador o dejándolo en suspenso en caso de que exista controversia, mientras ésta se defina.

En este caso, a pesar de que el carácter compartido de la pensión se pactó desde el 12 de enero de 1999, a través del acuerdo conciliatorio, no existe prueba en el expediente de que ELECTRICARIBE le haya puesto en conocimiento, de forma oportuna, tal circunstancia al ISS o a COLPENSIONES, pues esto solo ocurrió con la solicitud de revocatoria directa presentada por la parte demandante el 30 de agosto de 2016 ante COLPENSIONES, es decir, dos años después del reconocimiento pensional (*pág. 22 a 28, archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados).*

Sin embargo, dicho aspecto se subsanó dado que fue el propio pensionado CARLOS CRUZ CUADRADO, quien mediante escrito radicado el 17 de enero de 2012, reclamó la pensión de vejez y le puso en conocimiento del ISS hoy COLPENSIONES la existencia del reconocimiento pensional de carácter compartido realizado por ELECTRICARIBE (*archivos 00252085000000009079169006102A y 00252085000000009079169006301A, expediente administrativo carpeta "folio226"*), circunstancia que pasó por alto COLPENSIONES al momento de la expedición del acto administrativo en el año 2014. Y a pesar de que en comunicación de la misma fecha, el pensionado solicitó que le pagaran el retroactivo pensional a su favor al considerar que la pensión que gozaba

era compatible con la que eventualmente le reconociera el ISS (*archivo 00252085000000009079169006201A, expediente administrativo carpeta "folio226"*), con mayor razón debía COLPENSIONES advertir tal circunstancia para no incurrir en exceso de pagos, como en efecto ocurrió, pudiendo incluso, ante la controversia sobre la compartibilidad o compatibilidad pensional de la pensión de carácter voluntario reconocida por ELECTRICARIBE, de suspender el pago del retroactivo mientras se resolvía el derecho en favor de alguna de las partes, documental que fue radicada también con la solicitud de fecha 10 de mayo de 2012 (*archivo "00160215000000009079169000301ª", expediente administrativo carpeta "folio226")* recibida por el ISS hoy COLPENSIONES el 24 de mayo siguiente, según se aceptó en la Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014. Con todo, el acto administrativo tampoco fue notificado oportunamente al interesado empleador, quien no puede asumir las consecuencias de la omisión del fondo de pensiones.

Bajo este análisis, la falencia administrativa conlleva a que el 100% del retroactivo pensional lo deba asumir COLPENSIONES a favor de la parte demandante, motivo por el cual se confirmará la sentencia en este aspecto.

Si bien los únicos dineros que tiene actualmente COLPENSIONES son los descontados por concepto de aportes en salud, los que en todo caso ya habían sido descontados por parte de ELECTRICARIBE, puesto que los demás dineros fueron pagados al pensionado CARLOS CRUZ CUADRADO y contra él en esta acción no se elevó ninguna pretensión, no pudiendo el Tribunal incluir pedimentos nuevos o impartir alguna condena al pensionado, por cuanto vulneraría su derecho de defensa y contradicción, motivo por el cual COLPENSIONES, en procura de salvaguardar la estabilidad financiera del sistema pensional, deberá ejercer las acciones administrativas o judiciales correspondientes contra CARLOS CRUZ CUADRADO, en caso de que no las haya realizado, con el propósito de recuperar los valores pagados en exceso por concepto de pensión de invalidez y los girados en nómina de julio de 2014, en la forma señalada en el acto administrativo de reconocimiento pensional, sin perjuicio de las demás acciones que estimen pertinentes.

Se advierte que CARLOS CRUZ CUADRADO recibió un pago de lo no debido y no puede beneficiarse de sumas adicionales a las que realmente tiene derecho, por lo que debe restituir esos dineros a COLPENSIONES, en virtud de las acciones que se adelanten en su contra.

Frente a la inconformidad planteada por el apoderado de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., en relación con la declaratoria de la excepción de compensación, debe decirse que le asiste razón, por cuanto, como se pudo evidenciar en los cuadros anteriores, las mesadas reconocidas por COLPENSIONES son inferiores a las canceladas por ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., lo que permite concluir que los mayores valores generados entre el 17 de diciembre de 2011 al 30 de junio de 2014 ya fueron sufragados por ELECTRICARIBE al pensionado CARLOS CRUZ CUADRADO.

Bajo ese escenario, no hay suma alguna acreditada a favor de COLPENSIONES que se pudiera compensar con lo adeudado a la parte demandante, motivo por el cual se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar no probado este medio exceptivo.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, 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 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 Colpensiones mediante Resolución GNR 252662 del 11 de julio de 2014 *(pág. 18 a 21 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados)* reconoció pensión de vejez a CARLOS CRUZ CUADRADO y le otorgó el retroactivo pensional, ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. presentó reclamación

administrativa el 30 de agosto de 2016 *(pág. 22 a 28 archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados)* y la demanda fue radicada el 10 de marzo de 2017 *(pág. 41, archivo "1.2017-141 Proceso Digitalizado" carpeta 1.2017-00141 Documentos digitalizados),* por lo que se deduce que la acción fue presentada dentro de los 3 años posteriores a la reclamación administrativa y, por ende, no hay lugar a declarar probado este medio exceptivo.

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 en el sentido de **DECLARAR** que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** deberá pagar a favor de **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P**. por concepto de retroactivo de la pensión de vejez concedida a CARLOS CRUZ CUADRADO, causado entre el 17 de diciembre de 2011 y el 30 de junio de 2014, la suma de **$70.228.237**, mesadas debidamente indexadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar no probada la excepción de compensación, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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.

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.04-2020-00379-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 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 11 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuada por el demandante PEDRO JOSE VARGAS CHAVEZ a la AFP PORVENIR, ordenó a esa AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores correspondientes a las cotizaciones, debidamente indexados, ordenó a COLPENSIONES a recibir nuevamente al demandante en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a PORVENIR (*min. 48:48, carpeta "3.Audios", archivo "2020-00379-20220711_094120-Grabación de la reunión*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

PEDRO JOSE VARGAS CHAVEZ 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 e ineficacia del traslado del régimen pensional que hizo del ISS a PORVENIR, se ordene a PORVENIR a trasladar la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual-CAIP, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones para anular el traslado y a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 29 de junio de 1961, el 25 de junio de 2002 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP PORVENIR, la cual no estuvo precedida de la suficiente ilustración de las ventajas y desventajas del sistema de la seguridad social, por lo que no existió consentimiento, libertad y voluntariedad pues fue indebida y nula la información que recibió de la AFP; que cotizó al sistema pensional hasta el 30 de abril de 2019 un total de 1.687 semanas; que antes del 29 de junio de 2003 PORVENIR no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran diez años o menos al cumplimiento de la edad mínima; el 16 de agosto y 29 de octubre de 2019, solicitó a las demandadas el traslado de régimen pensional, reiterando la petición a COLPENSIONES en escrito del 1° de noviembre de 2019; y que el 12 de noviembre de 2019, solicitó a la AFP PORVENIR información de su afiliación y correspondiente liquidación de su mesada *(pág. 3 a 11, carpeta "1. 2020-00379 Documentos digitalizados", archivo "01Demanda"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y la vinculación del demandante al RAIS, las semanas cotizadas en el ISS y las solicitudes presentadas por el demandante ante ese fondo, 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 23, carpeta*

"1.2020-00379 Documentos digitalizados", archivo "03ContestaciónPorvenir S.A.").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, la afiliación al RAIS, las semanas cotizadas en el RPM y las peticiones presentadas, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica (*pág. 2 a 16, carpeta "1.2020-00379 Documentos digitalizados", archivo "04ContestaciónColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 48:48, carpeta "3.Audios", archivo "2020-00379-20220711_094120-Grabación de la reunión").

El 11 de julio de 2022, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de PEDRO JOSE VARGAS CHAVEZ a la AFP PORVENIR, suscrita el 1 de agosto del 2002, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA*

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por las demandadas.* ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio SMLMV.* ***SEXTO: CONCEDER*** *el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante y la devolución de las sumas por conceptos de aportes, rendimientos gastos de administración, comisiones de seguros, porcentaje de la garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Para resolver, el 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 al 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 y no es aplicable los actos de relacionamiento, se demostró la falta al deber de información de la AFP, lo que demuestra que ese traslado y afiliación es ineficaz, siendo obligación de Porvenir trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos por conceptos de aportes pensionales, debidamente indexados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que si bien existe una línea jurisprudencial de la CSJ sobre la ineficacia del traslado por el deber de información, la misma Corte ha aclarado que esa línea resulta aplicable de manera diferenciada solo en los supuestos facticos que exigen una similitud, situación que no se presenta con el demandante dado que se afilió de manera valida, libre, voluntaria y todo lo hizo con fundamento en las cargas impuestas a los fondos privados por la ley para el año 2002, por lo que los términos tan rigurosos que se reprochan a los

fondos privados solo fueron impuestos posteriormente; que el demandante recibió información clara y completa sobre el RAIS, suscribió un formulario en los términos de ley, manifestó expresamente que no estuvo coaccionado y tampoco objetó ni elevo ningún tipo de duda ante el fondo privado durante más de 15 años; que frente a la devolución de rendimientos no es coherente declarar la ineficacia del acto en cierto sentido y en otros no, puesto que la consecuencia jurídica es declarar que el negocio jurídico nunca se celebró, luego los frutos de su gestión tampoco debían de generarse, por lo que esas sumas ponen al demandante en una situación mejor y diferente a la que tendría en el RPM, configurándose un enriquecimiento sin justa causa.

Manifestó que los gastos de administración son sumas que tienen una destinación especifica por ley, la cual fue cumplida durante la permanencia del demandante en dicho fondo, por lo que son dineros que no se encuentran en su poder y al aplicarse la institución de las restituciones mutuas hay conceptos que no deben trasladarse; y que las sumas previsionales ya no están en su poder, fueron entregadas a todas las aseguradoras contratadas por la AFP para cubrir a la parte demandante durante su permanencia con Porvenir ante los riesgos de invalidez y muerte, por lo que cumplieron su finalidad (*min. 46:25, carpeta "3.Audios", archivo "2020-00379-20220711_094120-Grabación de la reunión*").

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 le asiste derecho alguno al demandante a sus múltiples pedimentos, pues no acaeció una suficiencia probatoria tendiente a demostrar que la afiliación al RAIS adolece de algún vicio del consentimiento; que una vez en firme el traslado al fondo privado, el demandante tuvo tiempo suficiente para informarse sobre todos los pormenores que implicaban la decisión del traslado, por lo que las pretensiones no deben tener eco en sede de segunda instancia y por tanto solicita se modifique la decisión (*min. 49:59, carpeta "3.Audios", archivo "2020-00379-20220711_094120-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, la apoderada de **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia afirmando que el demandante hizo la afiliación de forma libre, voluntaria y consiente y recibió plena asesoría del fondo de pensiones; que el traslado goza de plena validez pues la AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento; que es improcedente la devolución de gastos de administración y de la prima de seguro previsional y que al concederse la indexación se estaría imponiendo doble condena por el mismo concepto, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraren en la cuenta individual del demandante.

Y la apoderada de **COLPENSIONES** también 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 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 **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 **PEDRO JOSÉ VARGAS CHAVEZ** nació el 29 de junio de 1961 (pág. 53. *carpeta "1. 2020-00379 Documentos digitalizados", archivo "01Demanda"*).; ***ii)*** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 09 de agosto de 1984 (*historia laboral, archivo "05CC-19478685HL"*); ***iii)*** y el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 25 de junio de 2002, efectivo desde el 1º de agosto de 2002, donde sigue vinculado (*Pág. 80 y 89 archivo "03ContestaciónPorvenir S.A."*).

En la sentencia de primera instancia, se declaró ineficaz el traslado y la afiliación 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 *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 pensional, 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 el ISS se iba a acabar, que en dicho fondo se iba a pensionar más joven 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 el **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. 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.

Además, se adicionará 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.

Igualmente, la Sala modificará la parte resolutiva de 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, 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.

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: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante PEDRO JOSE VARGAS CHAVEZ a la AFP PORVENIR, con efectividad a partir del 1° de agosto del 2002, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 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, por el 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.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir de la **AFP DEMANDADA** los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad, de acuerdo 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 esta 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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PEDRO JOSE VARGAS CHAVEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2020 00379 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 05-2021-00106-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 28 de junio de 2022 del Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (50:19 archivo "*019. 28.06.2022 Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 42 archivo "*002. 05.03.2021 Demanda y Anexos*").**

FABIOLA DEL PILAR URRUTIA RAMÍREZ solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS, el traslado del saldo de su CAIP sin descuento alguno, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 17 de agosto de 1983; que el 13 de julio de 1994, se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente se trasladó a **PORVENIR S.A.**, entidades 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. Afirmó que el monto de su mesada en el RAIS sería de $1.266.077 y el RPM de $4.488.426, por lo cual solicitó a **COLPENSIONES** y a las **AFP DEMANDADAS** anular su afiliación al RAIS y permitir su retorno al RPM, solicitud que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Indicó que la **DEMANDANTE** es su actual afiliada y que negó su solicitud de nulidad de vinculación al RAIS. Señaló que cumplió el deber de información al momento de traslado de AFP que realizó la afiliada, explicando las características y funcionamiento del RAIS, sin que para la fecha de tal acto existiera la obligación para la AFP de documentar dicha asesoría y sin que sean exigibles las condiciones impuestas por normas posteriores al acto de vinculación, no obstante, siempre mantuvo canales de información a disposición de la afiliada, quien nunca los usó ni tampoco manifestó inconformidad alguna, tampoco solicitó el retorno al RPM dentro del periodo establecido por Ley para ello, ni acredita ninguna causal de nulidad o ineficacia de la vinculación a su AFP, por lo cual no hay mérito 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. 2 a 26 archivo "*009. 03.11.2021 Contestación Porvenir*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la afiliada al ISS, su traslado al RAIS y que negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y de AFP, sin embargo, el deber de documentar la asesoría se impuso solo hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, sin que la **DEMANDANTE** acredite causal de nulidad o ineficacia de sus traslados, a la vez que los formularios de

afiliación cumplen todas las condiciones legales vigentes para la fecha en que fueron suscritos, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afecta la sostenibilidad fiscal del sistema y cualquier eventual irregularidad se saneo con la decisión de la afiliada de permanecer vinculada más de 20 años en el RAIS. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en caso de ineficacia del traslado del régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerencia de un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia de derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 30 archivo "*010. 03.11.2021 Contestación Colpensiones*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado al RAIS y que negó la solicitud de nulidad de su vinculación a dicho régimen. Indicó que sus asesores, que son capacitados en el Sistema General de Pensiones, dieron la información suficiente a la afiliada sobre las características de los regímenes pensionales, su funcionamiento y las consecuencias del traslado, tras lo cual se tomó la decisión libre e informada de vincularse al RAIS, de lo cual quedó constancia escrita en el formulario de afiliación, sin que para la fecha de tal acto existieron los deberes de documentación de la asesoría y proyecciones impuestos hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, sin que la **DEMANDANTE** ejerciera el derecho de retracto o solicitara su retorno al RPM, por el contrario, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al trasladarse de AFP y no aportó ninguna prueba de una causal de nulidad o ineficacia de tales actos y no puede alegar su propia negligencia o el desconocimiento de la ley a su favor. 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 la prima del seguro previsional, traslado de la totalidad de aportes a **PORVENIR S.A.**, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento y la genérica (Pág. 2 a 24 archivo "*011. 04.11.2021 Contestación Protección*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (50:19 archivo "*019. 28.06.2022 Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS*").

El 28 de junio de 2022, el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la señora FABIOLA DEL PILAR URRUTIA RAMÍREZ a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la DEMANDANTE, procediendo a actualizar su historia laboral.* ***TERCERO: COSTAS*** *únicamente a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.* ***CUARTO:*** *En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede declarar nulo o ineficaz el traslado de la **DEMANDANTE** al RAIS y acceder a las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la posición de la H. CSJ el deber de información de la AFP, cuyo cumplimiento debe acreditar la administradora sin que sea suficiente la firma del formulario de afiliación, es presupuesto necesario para la existencia de la libertad de selección de régimen, deber que no se acreditó en el caso bajo estudio, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP y condenó en costas a **PORVENIR S.A.**, por cuanto faltó a su deber de información, sin condenar a **PROTECCIÓN S.A.** porque aquella recibió a la afiliada desde la AFP DAVIVIR sin haber participado en el traslado al RAIS.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que **COLPENSIONES** no tuvo injerencia alguna en el traslado al RAIS y éste se declaró ineficaz por las omisiones de las AFP y porque **PORVENIR S.A.** no asesoró sobre la restricción de traslado por edad, por eso ella debe asumir el pago de la pensión con los parámetros aplicables en el RPM, porque no es consecuente que un afiliado pueda pedir la ineficacia del traslado en cualquier tiempo ya que para las personas próximas a pensionarse aplican los mismos argumentos por los cuales la H. CSJ no permite la ineficacia del traslado de los pensionados. De confirmarse el fallo, solicitó que la AFP devuelvan el saldo de la CAIP sin descuento alguno y que **COLPENSIONES** no asuma los efectos de la ineficacia al ser un tercero que no puede ser afectado por la pérdida de validez de un negocio jurídico en el cual no participó (51:18 archivo "*019. 28.06.2022 Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS*").

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y de AFP y toda condena en su contra. Señaló que no hay razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia, más aún cuando al momento de traslado de AFP **PORVENIR S.A.** le entregó información suficiente para que la afiliada tomara una decisión libre e informada, cumpliendo las normas vigentes para ese momento y solo con la expedición de los Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2014 se impuso el deber de asesoría a la AFP y solo con el Decreto 2071 de 2015 inició el deber de explicar las consecuencias del traslado, por lo cual no se pueden exigir a la AFP obligaciones que no estaban vigentes para la fecha de los hechos, de otra parte, la revocatoria de la ineficacia del traslado y de la devolución al RPM conlleva a desestimar las agencias en derecho (55:17 archivo "*019. 28.06.2022 Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, **COLPENSIONES** otorgó poder general a la firma World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900.390.380, quien a través de su representante legal sustituyó poder a la doctora Olga Teresa Rodríguez Garica, identificado con CC 52.272.884 y TP 233.440 del CSJ, quien solicitó revocar el fallo porque la afiliada se vinculó de manera libre y voluntaria al RAIS, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, el deber de información de las AFP debe evaluarse en la etapa histórica en la que se hizo el traslado y no se pueden exigir obligaciones no vigentes para entonces, además la acción de la afiliada de cotizar en el RAIS, no manifestar inconformidad y nunca reclamar el retorno al RPM exterioriza su voluntad de pertenecer al RAIS, no procede la inversión de la carga de la prueba y el principio de relatividad jurídica impide que **COLPENSIONES** sufra los efectos de la ineficacia de un traslado en el cual no participó. Por su parte, la firma Godoy Córdoba Abogados S.A., en su calidad de apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con CC 1.070.018.966 y TP 373.906 del C.S.J., solicitó revocar el fallo, porque el traslado al RAIS fue libre y voluntario, además de informado, tal y como se dejó constancia escrita en el formulario de afiliación, sin que se pueda desestimar la afiliación al RAIS porque no es un régimen subsidiario del RPM, se cumplió el deber de información conforme las normas vigentes a la fecha del traslado, no existe una posición débil de afiliado en la vinculación a la AFP, el afiliado nunca pidió retornar al RPM y ahora no puede por la restricción de traslado por edad, conforme su interrogatorio se le explicaron las condiciones del RAIS, la inconformidad con el monto pensional no es causal de ineficacia, no procede el reembolso de gastos de administración, siendo la condena a devolver rendimiento y gastos un doble pago y un enriquecimiento sin justa causa, además dichos gastos son imprescriptibles.

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 con 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 **FABIOLA DEL PILAR URRUTIA RAMÍREZ** nació el 26 de junio de 1964 (Pág. 146 archivo "*002. 05.03.2021 Demanda y Anexos*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 17 de agosto de 1983 al 1° de junio de 1994, cotizando 172,14 semanas (carpeta "*Expediente Administrativo*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 13 de julio de 1994, efectivo a partir del 1° de agosto de 1994 (Pág. 25 y 34 archivo "*011. 04.11.2021 Contestación Protección*"); ***iv)*** la **DEMANDANTE** se trasladó de AFP mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 11 de agosto de 1999, efectivo a partir del 1° de

octubre de 1999, AFP donde permanece vinculada (Pág. 31, 35 archivo "*009. 03.11.2021 Contestación Porvenir*").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP 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:

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

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 de que al momento del segundo 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 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 ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** indicó expresamente en su interrogatorio de parte que el traslado al RAIS efectuado en 1995 no estuvo precedido de ninguna asesoría por un promotor de AFP DAVIVIR, del mismo modo, manifestó que el traslado de AFP estuvo precedido de la mera indicación de que el ISS se iba a acabar y que en dicho fondo tendría una mejor pensión sin detallar que condiciones debía cumplir para ello (10:30 archivo "*019. 28.06.2022 Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS*"), por tanto, no se configuró confesión porque no hubo reconocimiento expreso del afiliado de haber sido debidamente

asesorado al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

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 acredita ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que siempre estuvo vinculado 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

Del mismo modo se rechaza la suplica de **COLPENSIONES** de considerar que en el presente asunto aplica la regla jurisprudencial de la H. CSJ por la cual no es viable la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado ya pensionado, por la sencilla razón de que no hay prueba de que la **DEMANDANTE** ya disfruté la pensión de vejez por parte de **PORVENIR S.A.**

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 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 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.

Como quiera que se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se mantendrá la condena a costas impuesta en 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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos. En igual sentido, **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.

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

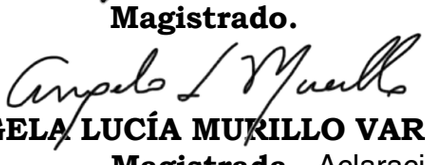
TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en 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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FABIOLA DEL PILAR URRUTIA RAMIREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2021 00106 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 08-2021-00030-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **JOSÉ MANUEL NIÑO PULIDO** contra la sentencia del 27 de octubre de 2021 del Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (52:39 archivo "*2021 00030 27 10 2021 (2A)*" carpeta "*18Aud2021_10_27*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo "*02. DEMANDA_18_12_2020 22_47_39*").**

JOSÉ MANUEL NIÑO PULIDO solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez desde el 27 de octubre de 2003 e inaplicar la prescripción porque notificó su incapacidad el 15 de octubre de 2004, por tanto, condenar al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 10 de agosto de 1966; que por dictamen 79050423 del 30 de junio de 2004, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y

CUNDINAMARCA le determinó una PCL del 75,05% de origen común y con fecha de estructuración del 27 de octubre de 2003 y señaló que requiere el auxilio de otras personas y como perdió su vista y capacidad física totalmente, depende de un tercero sin profesión o experticia alguna que toma las que considera mejores decisiones para el **DEMANDANTE**. Aseguró que el 15 de octubre de 2004, reclamó al extinto ISS su pensión de invalidez y mediante Resolución 021690 del 30 de mayo de 2006 se negó el reconocimiento pensional y se reconoció la indemnización sustitutiva que nunca había sido reclamada, acto contra el cual interpuso recursos, siendo confirmado el acto recurrido con las Resoluciones 16165 del 25 de abril de 2007 y 1673 del 05 de septiembre de 2007, posteriormente, las Resoluciones 6399 del 19 de febrero de 2008, 059057 del 10 de diciembre de 2009, SUB 66695 del 19 de marzo de 2019 volvieron a negar la pensión. Señaló que el 11 de diciembre de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** la revocatoria directa de la Resolución 021690 de 2006 porque nunca cobró la indemnización sustitutiva y mediante Resolución SUB 32005 del 03 de febrero de 2020 se accedió a la resolución, por tanto, el 04 de febrero de 2020 reclamó la pensión de invalidez, la cual se reconoció con la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020, por último, agotó la reclamación administrativa el 24 de septiembre de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo "*08Anexo1ContestacionDda030*).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, los actos administrativos que negaron la pensión de invalidez, la revocatoria directa del acto y el reconocimiento de la pensión de invalidez y negó la reclamación administrativa. Indicó que el extinto ISS, mediante Resolución 021690 de 2006, no reconoció la pensión de invalidez y reconoció la indemnización sustitutiva, solicitud que elevó directamente el **DEMANDANTE** sin representación de apoderado, guarda o curador, posteriormente, se revocó dicho acto administrativo porque nunca se reclamó la indemnización y con la

Resolución SUB 55454 de 2020 **COLPENSIONES** reconoció la pensión de invalidez desde el 04 de diciembre de 2015, ya que si bien el derecho se causó el 27 de octubre de 2003, las mesadas anteriores a la fecha de efectividad prescribieron por la inactividad del afiliado de acudir a las vías judiciales, en todo caso, la presunta necesidad del afiliado de ayuda de un tercero no implica que carezca de capacidad jurídica y no hay ningún documento de que fue declarado interdicto y que debía actuar a través de curador, tutor o guarda, por ende no hay ningún elemento que determine que el término prescriptivo se suspendió por su estado de salud. Interpuso las excepciones de no configuración de intereses moratorios, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (52:39 archivo "2021 00030 27 10 2021 (2A)" carpeta "18Aud2021_10_27").

El 27 de octubre de 2021, el Juzgado 08 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 incoadas en su contra. **SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos. **TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS** en esta instancia ante su no causación. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión remítase las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si desde el 15 de octubre de 2004, se suspendió el término de prescripción porque se puso en conocimiento de la **DEMANDADA** la condición especial de salud del **DEMANDANTE**, en caso afirmativo, analizar la procedencia de la condena al retroactivo pensional y demás pretensiones.

Para resolver indicó que el derecho a la pensión de invalidez se causó el 27 de octubre de 2003, pero no fue reconocido por el ISS, sin que el afiliado ejerciera acciones judiciales y en su lugar reiteró su solicitud de reconocimiento en varias ocasiones, todas ellas negadas y

solo hasta el 11 de diciembre de 2019 solicitó la revocatoria directa de la Resolución 021690 de 2006, petición resuelta favorablemente y luego reclamó el reconocimiento de la prestación, la cual se reconoce con la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020 con el pago del retroactivo desde el 04 de diciembre de 2015 ya que se consideró que hubo interrupción de la prescripción con la reclamación del 04 de diciembre de 2018, por tanto, como la demanda se radicó más de 03 años después de que le fue negada en primera oportunidad la pensión, hubo prescripción, sin que sea aplicable la excepción de la prescripción a favor de incapaces porque no hay prueba de que el **DEMANDANTE** sufra alguna discapacidad mental que le impida valerse por sí mismo ni que se encuentre bajo tutela o curaduría.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que la excepción al término prescriptivo procede ante la negligencia de la **DEMANDADA** y la condición especial del afiliado, siendo un abandono del Estado señalar que una persona en esas condiciones es negligente, lo cual le carga la responsabilidad de las omisiones de la administración a pesar de sufrir una enfermedad catastrófica y degenerativa que lo puso en situación de desventaja y discriminación, procediendo la inversión de la carga de la prueba de que negativa inicial de la pensión se fundó en criterios objetivos, pero ello no fue así al punto que la Administradora revocó su propio acto administrativo y si el afiliado no ejerció sus derechos es porque depende de terceros, ya que no puede ni leer ni escuchar, por tanto, conforme los artículo 2512 y 2530 CC no se puede contabilizar el término prescriptivo, más aún cuando la revocatoria del acto reanudó los términos, así mismo, el retroactivo de 2015 a 2020 se pagó en mora y deben ser reconocidos los respectivos intereses (53:33 archivo “2021 00030 27 10 2021 (2A)” carpeta “18Aud2021_10_27”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, reiterando que hubo suspensión de la prescripción y que el retroactivo pensional reconocido se canceló en mora. Agotado el término de traslado, el apoderado de la **DEMANDADA** 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 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la suspensión del término prescriptivo y subsecuente pago de las mesadas declaradas prescritas, de otra parte, establecer si hubo mora en el pago del retroactivo pensional que reconoció la **DEMANDADA** y si proceden los intereses moratorios, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **JOSÉ MANUEL NIÑO PULIDO** nació el 10 de agosto de 1966 (Pág. 1 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*"); ***ii)*** con dictamen 79050423 del 30 de junio de 2004 la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA determinó al **DEMANDANTE** una PCL del 75.05% origen común y con fecha de estructuración del 27 de octubre de 2003 (Pág. 5 a 7 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** cotizó como trabajador independiente 54,57 semanas al ISS hoy **COLPENSIONES** (archivo "*GRP-SCH-HL-2019_5542470-20190429044316*" carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*"); ***iv)*** el 15 de octubre de 2004 el **DEMANDANTE** solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, el cual negó el ISS mediante Resolución 021690 del 30 de mayo de 2006 alegando que el afiliado no tiene 26 semanas

cotizadas en el último año anterior a la invalidez, en su lugar, reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión (Pág. 61 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*"); ***v)*** el **DEMANDANTE** interpuso recursos contra la Resolución 021690 de 2006, la cual fue confirmada mediante las Resoluciones 16165 del 25 de abril de 2007 y 1673 del 05 de septiembre de 2007 (Pág. 62 a 67 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*"); ***vi)*** el **DEMANDANTE** instauró acción de tutela contra el ISS, por lo cual se profirió la Resolución 06399 del 19 de febrero de 2008 que confirmó la Resolución 021690 de 2006, posteriormente, se solicitó el reconocimiento el 28 de septiembre de 2009 y la Resolución 059057 del 10 de diciembre de 2009 volvió a negar la prestación, luego, el 04 de diciembre de 2018, el afiliado reclamó el reconocimiento de la pensión de invalidez, el cual se rechazó mediante Resolución SUB 66695 del 19 de marzo de 2019 (Pág. 68 a 75 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*", Pág. 55 a 64 archivo "*GEN-REQ-IN-2018_11442843-20180925123820*" y "*GRP-FSP-AF-2018_15415316-20181204024957*" carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*"); ***vii)*** mediante oficio SEM2019-324365 del 09 de octubre de 2019, **COLPENSIONES** accedió a la solicitud del **DEMANDANTE** de corregir su historia laboral registrando los aportes de los ciclos 200308 a 200311 (archivo "*GEN-RES-CO-2019_5542470-20191009*" carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*"); ***viii)*** el **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria directa de la Resolución 021690 de 2006 a través de radicado 2019_16606347 del 11 de diciembre de 2019 y mediante Resolución SUB 32005 del 03 de febrero de 2020 se accedió favorablemente a dicha suplica (archivos "*GRP-FSP-AF-2019_16606347-20191211010121*", "*GRF-REP-AF-2019_16606347-20191211010121*" y "*GEN-REQ-IN-2020_2241810-20200225105200*" carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*"); ***viii)*** el 04 de febrero de 2020 el **DEMANDANTE** solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez y mediante Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020 se reconoció la misma en cuantía de 1 SMLMV a partir del 27 de octubre de 2003, pero con efectividad a partir del 04 de diciembre de 2015 y con ingreso a nómina desde 202004, al prescribir las mesadas anteriores a dicha fecha (archivos "*GRP-FSP-AF-*

2020_1491365-20200204091701" y "*GRF-AAT-RP-2020_1491365-20200226045429*" carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*"); ***ix)*** el **DEMANDANTE** radicó el 24 de septiembre de 2020 recurso de reposición contra la Resolución SUB 55454 de 2020, el cual se rechazó por extemporáneo en la Resolución SUB 208897 del 30 de septiembre de 2020, no obstante, en dicho acto se realizó un estudio de fondo y se reiteró la prescripción de las mesadas y se negó el pago de intereses moratorios por falta de mora en el pago de las mesadas una vez expedido el acto que reconoció la prestación (archivos "*GRP-FSP-AF-2020_9530935-20200924024701.*", "*GRF-REP-AF-2020_9530935-20200924024701.*" y "*GRF-AAT-RP-2020_9530935-20200930062852*" carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas. Contra la anterior decisión, el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

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

- **Sobre el plazo para el reconocimiento y pago de la pensión legal de invalidez y la condena a intereses moratorios.**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagró que la mora en el pago de las mesadas pensionales que trata dicha ley conlleva que la entidad correspondiente pague al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento que se efectúe el pago.

Sobre el alcance de la precitada norma, la H. CSJ señala que los intereses moratorios aplican a todas las pensiones legales reconocidas luego de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones ya que el pago oportuno de la prestación es un derecho fundamental constitucional y legal, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no excluyó ninguna pensión legal y las pensiones reconocidas por régimen de transición hacen parte del Sistema General de Pensiones, posición que

ja sido reiterada en las sentencias SL1681 de 2020, SL3130 de 2020, SL1302 de 2021, SL1727 de 2021, SL945 de 2022, entre otras.

Sobre el plazo de la administradora de pensiones para reconocer la pensión, el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 establece 06 meses, a partir de la solicitud de reconocimiento del interesado, para adelantar los trámites necesarios para el pago de las respectivas mesadas, so pena que el funcionario que por acción u omisión incumpla dicho plazo incurra en causal de mala conducta y sea solidariamente responsable del pago de la eventual indemnización moratoria y costas judiciales.

Por su parte, el artículo 19 del Decreto Ley 656 de 1994 señala que el Gobierno Nacional establecerá los procedimientos para que la administradora resuelva las solicitudes de pensión de invalidez, sin que en ningún caso pueda exceder de cuatro (04) meses. Atendiendo la anterior norma, la H. CSJ ha reiterado que los intereses de mora en este tipo de pensión se causan luego de vencido el plazo de 04 meses, tal y como indicó en las sentencias SL Rad 42.029 del 30 de agosto de 2011, SL Rad 41.043 del 1º de agosto de 2012, Sl Rad. 44.830 del 28 de agosto de 2012, SL1562 de 2019, SL2991 de 2020, entre otras providencias de la Salas de Descongestión de la Alta Corte.

Así las cosas, el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 establece el plazo máximo para el pago de las mesadas (06 meses), mientras el artículo 19 del Decreto Ley 656 de 1994 dispone el término máximo para reconocer la pensión de invalidez de origen común (04 meses), normas complementarias entre sí porque el reconocimiento de la prestación, es decir, la decisión que reconoce la causación del derecho, es previo al pago efectivo de las mesadas pensionales.

La H. Corte Constitucional comparte la posición de la H. CSJ, por cuanto en las sentencias T-155 de 2018 y T-045 de 2022 concluyó que las normas que regulan el derecho de petición y la seguridad social, interpretadas de manera armónica, permiten concluir que la petición de reconocimiento de pensión conlleva las siguientes acciones

por la administradora: ***i)*** informar al peticionario el estado del trámite y la fecha en que responderá de fondo la solicitud en los 15 días siguientes a la radicación; ***ii)*** resolver en los 04 meses siguientes a la radicación la solicitud; ***iii)*** adoptar las medidas necesarias para el pago efectivo de las mesadas pensionales en los 06 meses siguientes a la radicación.

- **Sobre la suspensión del término prescriptivo a favor de incapaces y menores de edad.**

El artículo 2530 CC establece que la prescripción ordinaria se suspende sin extinguirse y que una vez cesa la causa de la suspensión, se cuenta el tiempo anterior a ella si lo hubo, a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentra bajo tutela o curaduría o que se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras tal imposibilidad subsista. Por su parte el artículo 2541 CC señala que la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumerada en el artículo 2530 CC.

La H. CSJ en la sentencia SL Rad. 11.349 del 11 de diciembre de 1998 indicó que la normatividad laboral no consagró la suspensión de la prescripción, no obstante, tal figura aplica por remisión analógica, por tanto, debe aplicarse la protección del Estado de los efectos de la prescripción a favor de determinadas personas, entre ellos los menores de edad, para quienes no corre el término prescriptivo mientras estén en la imposibilidad de actuar, medida que deja de operar si se alcanza la mayoría de edad o si el representante ejerce en su nombre el derecho de acción, de otra parte, como el artículo 2530 CC menciona tanto a incapaces como también a las personas sujetas a representación legal, el beneficio de la suspensión de la prescripción opera así el sujeto no tenga representante legal, por tanto, el error en el que aquel incurra no afecta la situación jurídica del representado.

Así las cosas, para la H. CSJ, la suspensión de la prescripción a favor del menor de edad opera hasta llegar a la mayoría de edad o ejercerse la acción por el representante legal, tal y como ha señalado

en las sentencias SL Rad. 12.890 del 18 de octubre de 2000, Sl Rad. 34.641 del 31 de marzo de 2009, SL10641 de 2014, Sl205 de 2018, SL690 de 2018, SL1724 de 2018, SL1835 de 2018, SL5177 de 2018, SL009 de 2019, SL1983 de 2019, SL1365 de 2020, SL1456 de 2020, SL2227 de 2020, SL4532 de 2020, SL2057 de 2021, SL2669 de 2021, SL4580 de 2021, SL2836 de 2022, entre otras.

En cuanto a las personas en incapacidad para el ejercicio de sus derechos, la H. CSJ considera que la suspensión de la prescripción opera en su favor, como para quien es representado por curador, tutor u otros, por lo que el nombramiento de aquellos no implica el levantamiento de la suspensión, por lo que la ineficiencia del representante legal y los errores en que aquel incurra no afectan la representado, en todo caso, la suspensión de la prescripción perdura mientras la persona este absolutamente incapacitada para hacer valer sus derechos, incluyendo cuando su estado de salud le impide discernir adecuadamente o tomar decisiones inmediatas sobre una situación personal o patrimonial, tal y como indicó en las sentencias SL1020 de 2021 y SL1613 de 2022.

Se destaca que la H. CSJ en las sentencias SL2456 de 2021 y SL970 de 2022 indicó que la suspensión de la prescripción se activa para quien está absolutamente incapacitado para hacer valer sus derechos, incluyendo quienes padecer enfermedades que impiden discernir adecuadamente o tomar decisiones inmediatas sobre una decisión personal o patrimonial, no obstante, es carga de la prueba de quien alega la suspensión acreditar la imposibilidad antes señalada, conforme lo señalado en la sentencia SC2412 de 2021.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, procede la Sala a resolver en primero los reparos de la apoderada apelante por la presunta omisión en el reconocimiento de la suspensión de la prescripción a favor del **DEMANDANTE** en atención a su estado de salud.

Al respecto, revisado el expediente, no queda duda alguna de que el **DEMANDANTE** padece graves padecimientos de salud, por cuanto no solo padece una enfermedad catastrófica como lo es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, sino además sufre disminución bilateral de su agudeza visual y otras deficiencias de salud que conllevaron a que requiera del auxilio permanente de terceros, circunstancia reconocida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN el 30 de junio de 2004, advirtiendo que dichos padecimientos de salud se han agravado paulatinamente desde entonces (Pág. 5 a 7 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*").

No obstante, los padecimientos de salud antes descritos no tienen la suficiencia probatoria suficiente, por si solos, para acreditar que el **DEMANDANTE** no puede discernir adecuadamente ni tomar decisiones inmediatas sobre su situación personal o patrimonial, ni demuestra la imposibilidad absoluta del afiliado para hacer valer sus derechos, omisión probatoria por la cual no se activa la suspensión de la prescripción conforme los artículos 2541 y 2530 CC.

En efecto, el artículo 1503 CC establece que toda persona se presume legalmente capaz, salvo aquellas que la ley declara incapaces. Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019 señala que todas las personas con discapacidad son sujetos de derechos y obligaciones y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En el caso bajo estudio, el apoderado del **DEMANDANTE** no acreditó que su cliente fuera designado como una persona que requiere de apoyo de un tercero para exteriorizar su capacidad legal, por cuanto no aportó ninguna prueba de que se le haya designado tutor, curador o cualquier otro tipo de apoyo para la realización de sus actos jurídicos, motivo por el cual si bien el dictamen de pérdida de capacidad laboral señala que requiere del auxilio permanente de terceros, tal medida no

puede ser confundida por el apoderado como la prueba inequívoca y contundente de que su cliente no es capaz de discernir ni adoptar decisiones sobre su situación personal y patrimonial, ya que si bien requiere apoyo para realizar las actividades cotidianas de su vida diaria, tales como desplazarse, alimentarse, asearse, comprar productos, comunicarse, entre otras, no por ello se puede presumir la imposibilidad para expresar su capacidad legal.

En efecto, si se revisa el expediente administrativo del **DEMANDANTE** aportado por **COLPENSIONES**, se advierte que el señor **JOSÉ MANUEL NIÑO PULIDO**, directamente y sin intervención de apoderado, tutor, curador, consejero o cualquier otra medida de apoyo, ejerció una activa defensa de sus intereses, por cuanto no solo reclamó la prestación a la que consideró tenía derecho, sino que también radicó derechos de petición, quejas, acciones de tutela y solicitó la revocatoria directa de actos administrativos, la corrección de su historia laboral, aportó pruebas en sede administrativa de los aportes por él realizados como trabajador independiente, informó su estado de salud, reclamó la falta de calificación de su PCL y consiguió que **COLPENSIONES** diera validez al dictamen de 2004, entre otros muchos actos, ejercicio que reafirma que pese sus afectaciones de salud, el **DEMANDANTE** no se encontraban afectadas sus facultades mentales, pudiendo exteriorizar, de manera objetiva, comprensible y acorde a sus intereses, su voluntad jurídica, lo cual descarta la imagen que a lo largo de este proceso se intentó construir del **DEMANDANTE** como persona carente de compresión, imposibilitada para discernir el alcance de sus actos y, en últimas, carente de la facultades necesarias para autodeterminarse y expresar, con los efectos jurídicos el caso, sus preferencias.

Admitir el argumento de la parte **DEMANDANTE**, según el cual el padecimiento de una enfermedad degenerativa, la falta de agudeza visual bilateral y requerir de apoyo de terceros para realizar las actividades de la vida diaria, imposibilita el ejercicio de sus derechos, implicaría reproducir los estereotipos sobre las personas

discapacitadas que la normatividad nacional, a partir de la Ley 1996 de 2019 y demás normas concordantes, han querido erradicar del imaginario popular, pues equivaldría a considerar que toda persona que padece graves afectaciones de salud es incapaz, presumiendo carencia de competencias necesarias para autodeterminar su vida.

Por lo anterior, considera la Sala que en efecto no hay mérito para acceder a las suplicas de aplicar la suspensión del término prescriptivo, por cuanto el **DEMANDANTE**, al ser capaz de comprender y discernir su situación pensional, agotó por si solo y a título personal la vía gubernativa, cuando el 15 de octubre de 2004 reclamó el reconocimiento de su pensión de invalidez ante el ISS, presentó recursos contra la Resolución 021690 del 30 de mayo de 2006 que negó la prestación, acto que fue confirmado con las Resoluciones 16165 del 25 de abril de 2007 y 1673 del 05 de septiembre de 2007 (Pág. 61 a 67 archivo "*05. PRUEBA_18_12_2020 22_47_57*"), sin ejercer dentro de los tres años siguientes las acciones judiciales del caso, omisión que conllevó a la prescripción de las mesadas pensionales hoy reclamadas.

Inclusive, una revisión detallada del expediente administrativo del **DEMANDANTE** acredita que todas las solicitudes de reconocimiento pensional presentadas con posterioridad a la Resolución 1673 del 05 de septiembre de 2007, no tenían la capacidad para interrumpir la prescripción, por cuanto los artículos 488 y 489 CSY y 151 CPTSS señalan que el término trienal prescriptivo puede interrumpirse una sola vez, por tanto, al haber sido reconocida la pensión de invalidez mediante la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020, que resolvió la solicitud de reconocimiento radicada el 04 de febrero de 2020, **COLPENSIONES** pudo perfectamente declarar prescritas las mesadas anteriores al 04 de febrero de 2017, no obstante, reconoció el pago del retroactivo pensional desde el 04 de diciembre de 2015 al considerar, erróneamente, que la solicitud de reconocimiento que debía resolver era la radicada el 04 de diciembre de 2018 sin reparar que dicha petición ya había sido resuelta mediante la Resolución SUB 66695 del 19 de marzo de 2019, contra la

cual el **DEMANDANTE** no interpuso recurso alguno.

A pesar de lo anterior, la Sala se abstendrá de modificar la fecha de prescripción, por cuanto al haber sido el **DEMANDANTE** el único apelante, el principio de *nos reformatio in pejus* impide a este Tribunal desmejorar la situación del único apelante.

Procede esta Corporación a resolver el segundo punto de reproche, a saber, la petición del apoderado del **DEMANDANTE** de considerar que el retroactivo reconocido en la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020 se canceló de forma tardía y, por tanto, ordenar el reconocimiento de intereses moratorios.

De entrada, se anuncia que se rechazará la súplica, por cuanto no existe duda alguna de que **COLPENSIONES**, al proferir la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020, por error consideró que la solicitud de reconocimiento pensional había sido radicada el 04 de diciembre de 2018 sin reparar que dicha petición ya había sido resuelta mediante la Resolución SUB 66695 del 19 de marzo de 2019.

En efecto, una revisión minuciosa el expediente administrativo acredita que mediante oficio SEM2019-324365 del 09 de octubre de 2019, **COLPENSIONES** accedió a la solicitud del **DEMANDANTE** de corregir su historia laboral registrando los aportes de los ciclos 200308 a 200311, tras lo cual el afiliado, de manera directa y sin requerir apoyo de ningún tercero, reclamó la revocatoria directa de la Resolución 021690 de 2006 a través de radicado 2019_16606347 del 11 de diciembre de 2019, suplica que fue resuelta favorablemente con la Resolución SUB 32005 del 03 de febrero de 2020, tras lo cual, **el 04 de febrero de 2020 reclamó el reconocimiento de la pensión de invalidez**, prestación reconocida con la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020, causada desde el 27 de octubre de 2003 pero con efectividad desde el 04 de diciembre de 2015 y con ingreso a nómina

desde 2020-04 (archivos "*GEN-RES-CO-2019_5542470-20191009*", "*GRP-FSP-AF-2019_16606347-20191211010121*", "*GRF-REP-AF-2019_16606347-20191211010121*", "*GEN-REQ-IN-2020_2241810-20200225105200*", "*GRP-FSP-AF-2020_1491365-20200204091701*" y "*GRF-AAT-RP-2020_1491365-20200226045429*"carpeta "*09Anexo2ContestacionDda030*").

Los elementos de prueba antes citados, acreditan que desde la solicitud de reconocimiento pensional elevada el **04 de febrero de 2020** y el reconocimiento pensional a través de la Resolución SUB 55454 del 26 de febrero de 2020, no trascurrieron los 04 meses que el artículo 19 del Decreto Ley 656 de 1994 señala como plazo máximo para resolver la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, prestación que se incluyó en nómina de abril de 2020, por lo cual tampoco se superó el plazo legal para el pago de las respectivas mesadas.

En consecuencia, no existe mora en el reconocimiento pensional al **DEMANDANTE**, por lo cual no hay mérito para ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo apelado.

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 el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa 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 CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 09-2020-00004-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 21 de julio de 2022 del Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, ordenó a **COLPENSIONES** actualizar la historia laboral y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA** (01:07:15 archivo "*B7 folio 471 audiencia 21-07-2022*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 31 a 40 archivo "*A1 folio 1 al 36 - Demanda y anexos 18-12-2019*").**

MARCELA BALLESTEROS TRIVIÑO solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, ordenar el traslado del saldo de la CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS, tras lo cual se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró la información necesaria para tomar la decisión, la indujo a error y omitió realizar una proyección pensional, siendo el monto de su pensión en el RAIS más desfavorable que en el RPM, por lo cual solicitó en septiembre de 2019 a las **DEMANDADAS** declarar nula su afiliación a la AFP y su retorno al RPM, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que la **DEMANDANTE** permanece en el RAIS y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que no conoce las circunstancias del traslado del RPM al RAIS, no obstante, la vinculación a **PORVENIR S.A.** es valida por reunir los requisitos legales y tiene manifestación escrita de la voluntad libre e informada del afiliado en pertenecer a dicha AFP, sin que la **DEMANDANTE** acredite ninguna causal de nulidad, así mismo, no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, porque afecta la sostenibilidad financiera del sistema y no se puede exigir el deber de información bajo los criterios actuales a hechos sucedidos antes de la expedición de las normas que impusieron el deber de asesoría y buen consejo. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en caso de ineficacia del traslado del régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerencia de un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia de derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 117 a 148 archivo "*A3 folio 42 a 189 - Contestación de demanda Colpensiones 14-01-2021*").

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

pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la vinculación de la **DEMANDANTE** a la AFP fue una decisión libre e informada, tal y como consta por escrito en el formulario de afiliación, documento autentico con plena eficacia probatoria, el cual se suscribió luego de la asesoría sobre las condiciones pensionales que permitió al afiliado entender el alcance y consecuencias del traslado al RAIS, acto que se ratificó con los años de permanencia en la AFP y acciones como solicitar el bono pensional, sin que exista ni una sola pruebas de las presuntas falencias alegadas en la demanda, en todo caso, de declararse ineficaz el traslado, no procede la devolución de gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 87 a 108 archivo "*A6 folio 228 a 336 - Contestación de la demanda Porvenir S.A. - 02-03-2021*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:07:15 archivo "*B7 folio 471 audiencia 21-07-2022*").

El 21 de julio de 2022, el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante MARCELA BALLESTEROS TRIVIÑO, entre el RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR, el 21 de abril de 2008. **SEGUNDO. CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora MARCELA BALLESTEROS TRIVIÑO, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la DEMANDANTE las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella. **CUARTO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las DEMANDADAS en sus contestaciones. **QUINTO. COSTAS.** Lo serán a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. Tásense por Secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO.** Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPTSS. (…)".*

La *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 posición de la H. CSJ el deber de información de la AFP, cuyo cumplimiento debe acreditar la administradora sin que sea suficiente la firma del formulario de afiliación, es presupuesto necesario para la existencia de la libertad de selección de régimen, deber que no se acreditó en el caso bajo estudio, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que no es viable el retorno al RPM por la restricción por edad, además el traslado al RAIS fue libre y voluntario según las pruebas de la demanda y el interrogatorio de la **DEMANDANTE**, quien fue negligente y solo se preocupó por su situación pensional hasta que ya no era válido su traslado, sin que se pueda endilgar responsabilidad a **COLPENSIONES** porque no participó en el traslado de régimen, además la afiliada ratificó su permanencia en el RAIS y aceptó las condiciones de dicho régimen conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además la **DEMANDANTE** no acreditó la falta de información ni ningún vicio del consentimiento, sin que pudiera invertir la carga de la prueba a su favor porque no tenía ninguna expectativa legítima afectada por el traslado, además **PORVENIR S.A.** efectuó el traslado conforme la normatividad vigente y la afiliada también tiene el deber de informarse de cada régimen, cuyas condiciones están en la Ley 100 de 1993 que es de público conocimiento, sin que el error de derecho genere ineficacia, además el retorno al RPM vulnera el principio de sostenibilidad financiera porque no es rentable financiar la pensión ni siquiera con la devolución de saldos de la CAIP (01:09:08 archivo "*B7 folio 471 audiencia 21-07-2022*").

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que para 1995 no era obligatorio documentar la asesoría y no se puede sancionar a la AFP por normas no vigentes, a la vez que la propia H. CSJ ha señalado que el cumplimiento del deber de información debe ser analizado conforme la norma vigente, de otra parte, en dos ocasiones la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS y en ambas manifestó su voluntad libre e informada de pertenecer a dicho régimen en pro de los beneficios que indicó conocer en su interrogatorio, sin que el incumplimiento de su expectativa pensional sea una causal de nulidad reconocida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, a la vez que el artículo 112 *ibídem* impedía a la AFP abstenerse de aceptar la vinculación, sin que sea válido alegar el desconocimiento de la Ley a favor, ya que las condiciones pensionales son de público conocimiento al estar consagradas en la precitada Ley. Señaló que no procede la condena a la devolución de gastos de administración, ya que los mismos se cobran en ambos regímenes, no financian la pensión ni pertenecen al afiliado y son prescriptibles, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no los incluye dentro de los conceptos que se deben trasladar ante un cambio de régimen pensional y acceder a su entrega es un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** (01:16:15 archivo "*B7 folio 471 audiencia 21-07-2022*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, **COLPENSIONES** otorgó poder general a la firma World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900.390.380, quien a través de su representante legal sustituyó poder al doctor Oscar Willia, Montes Urrea, identificado con CC 1.053.836.281 y TP 316.002 del CSJ, quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien alegó que no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, que cualquier falta de información no generó daño porque no hay expectativas legítimas que proteger ni se demostró causal de nulidad y si lo hubo lo saneó el tiempo y que acceder a las pretensiones afecta el principio de sostenibilidad financiera. Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, ya que

no se demostró causal de nulidad ni de ineficacia y si la hubo la saneó el paso del tiempo, la AFP cumplió el deber de información y no se pueden exigir cargas probatorias no vigentes a la fecha del traslado, además la afiliada ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con su muchos años de vinculación al mismo, en todo caso, no procede la condena a devolver gastos de administración. Agotado el término de traslado, la apoderada de la **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en 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 con **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 **MARCELA BALLESTEROS TRIVIÑO** nació el 10 de enero de 1965 (Pág. 30 archivo "*A1 folio 1 al 36 - Demanda y anexos 18-12-*

2019"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 09 de noviembre de 1990 al 31 de mayo de 2008, cotizando 561,86 semanas (Pág. 103 a 111 archivo "*A3 folio 42 a 189 - Contestación de demanda Colpensiones 14-01-2021*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 30 de agosto de 1995, efectivo a partir del 1º de septiembre de 1995, tras lo cual retornó al RPM con ingreso efectivo el 1º de marzo de 2001 y luego decidió efectuar un segundo traslado al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 21 de abril de 2008, efectivo a partir del 1º de junio de 2008, AFP donde permanece vinculada y acumula 1.221 semanas a septiembre de 2019 (Pág. 38, 39, 43 70 archivo "*A6 folio 228 a 336 - Contestación de la demanda Porvenir S.A. - 02-03-2021*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, ordenó a **COLPENSIONES** actualizar la historia laboral y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA**. 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:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 de que al momento del segundo 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 firma del mismo por el afiliado la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio de parte que se trasladó al RAIS por las ventajas de dicho acto, aclaró que las mismas no son otras que la posibilidad de pensionarse igual o mejor que con el ISS, respecto del cual se le informó que se iba a acabar, afirmando que no recibió información de como se iba a obtener la pensión en el RAIS ni que era el bono pensional, por tanto, no se configuró confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorada al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

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 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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, 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.

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

sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, , valores que salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros 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 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.

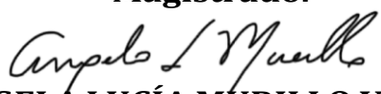
TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

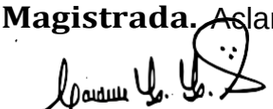
QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARCELA BALLESTEROS TRIVIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2020 00004 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.09 2020 00097 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 23 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la indexación del retroactivo pensional por valor de $9.590.248 y costas procesales en cuantía de $430.000 (*min. 35:27, 019.1 Audiencia23sept20212020-00097-20210923_142330-Grabación de la reunión*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

LEONOR FORERO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 30 de septiembre de 2012 por la suma de $40.950.712; en subsidio, se condene a COLPENSIONES a pagar la indexación sobre

la suma adeudada hasta su cancelación, costas y agencias en derecho y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en el hecho de que nació el 09 de febrero de 1944, es beneficiaria del régimen de transición y cotizó un total de 1.110 semanas hasta el 29 de septiembre de 2012; que el ISS hoy COLPENSIONES le negó la pensión de vejez mediante las resoluciones 27474 del 26 de junio de 2009, GNR 53715 del 22 de febrero de 2014, GNR 388703 del 06 de noviembre de 2014, GNR 322774 del 20 de octubre de 2015, GNR 242530 del 19 de agosto de 2016 y GNR 341465 del 16 de noviembre de 2016; que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 66285 del 18 de marzo de 2019, le reconoció la pensión de vejez a partir del 30 de septiembre de 2012 en cuantía de un salario mínimo y un retroactivo pensional por valor de $55.232.134.

Afirmó que COLPENSIONES tuvo una demora injustificada desde el mes de mayo de 2012, por lo que radicó solicitud de reliquidación e intereses moratorios ante la demandada el 24 de julio de 2019, la cual fue resuelta de manera negativa mediante Resolución SUB 195007 del 24 de julio de 2019 (*pág. 20 a 30, archivo "005Demanda.pdf"*)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la edad de la demandante, el número de semanas cotizadas, la expedición de los actos administrativos negando la pensión de vejez, el reconocimiento pensional efectuado a la demandante, la reclamación administrativa de reliquidación e intereses moratorios, en relación con los demás manifestó no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, prescripción, no

configuración de intereses moratorios y la innominada o genérica *(pág. 1 a 10, archivo "014ContestacionDeDemanda.pdf").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 35:27, 019.1 Audiencia23sept20212020-00097…)

El Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá en providencia del 23 de septiembre de 2021, profirió fallo con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a LEONOR FORERO la suma de $9,590,248 por concepto de indexación de las mesadas pensionales retroactivas. **SEGUNDO. DECLARAR** probada la excepción de no configuración de intereses moratorios propuesta por la pasiva en su contestación. **TERCERO. Las COSTAS** estarán a cargo de la parte demandada. Tásense por secretaria. Fíjense como agendas en derecho la suma correspondiente a $430,000 de conformidad con lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. **CUARTO.** Remítase este asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS."*

El Juzgado fijó el problema jurídico en establecer si precede el reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 30 de septiembre de 2012, por la mora en el reconocimiento de la pensión de vejez o subsidiariamente determinar si hay lugar a la indexación (*min. 35:27, 019.1 Audiencia23sept20212020-00097-20210923_142330-Grabación de la reunión*).

Para resolver, el *a quo* indicó que para que exista mora en el reconocimiento de la pensión a cargo de la AFP, el afiliado al momento

de la solicitud de la prestación debe cumplir con los requisitos establecidos en la norma, que COLPENSIONES no reconoció la pensión de vejez debido a que no se habían efectuado el pago de los aportes comprendidos entre el 02 de enero de 1987 al 30 de abril de 1988 con el empleador ANA JIMENA MORENO DE GARCÍA y los periodos del 01 de enero al 30 de junio de 1995 correspondiente con el empleador MONROY FAJARDO HERNANDO, situación que le impedía la aplicación del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 por no contar con las 750 semanas al 22 de julio de 2005; que existe afiliación y cotización el empleador MONROY FAJARDO HERNANDO desde el 11 de abril de 1989 por lo que le asistía a Colpensiones el deber de preservar la integridad de los aportes antes mencionados y por ello la mora por parte del empleador no puede ser atribuible a la demandante.

Manifestó que no ocurre lo mismo con los aportes del 02 de enero de 1987 al 30 de abril de 1988 con el empleador ANA JIMENA MORENO DE GARCÍA pues en ese evento hubo incumplimiento en el deber de afiliación impidiendo a la administradora ejercer las acciones de cobro, que el cálculo actuarial por los periodos antes referidos fue realizado hasta el 31 de diciembre de 2018, con el cual la demandante acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez; que la pensión fue reconocida mediante Resolución SUB 66285 del 18 de marzo de 2019 y por ello no hay lugar al pago de intereses moratorios. Y finalmente, que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359 de 2021 precisó que la indexación procede ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, por ende, condenó a la demandada al pago de la indexación sobre las mesadas pensionales que fueron canceladas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad el fallo de primera instancia. Para sustentar, indicó que en el presente caso a la demandante le fue reconocida una pensión de vejez en cuantía

equivalente al salario mínimo, que conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, las pensiones equivalentes a un salario mínimo mensual son reajustadas anualmente conforme al porcentaje en que incrementa el salario mínimo, que a la demandante le fue reconocida un retroactivo pensional en el cual se tuvo en cuenta las mesadas pensionales reconocidas desde el 30 de septiembre de 2012 y dicho retroactivo fue cancelado en el mes de mayo de 2019.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Doctora LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA, identificada con CC 1.014.208.534 y T.P 305.872 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, en su escrito de alegatos solicita se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante solicitó despachar desfavorablemente el recurso presentado por la demandada por no tener asidero jurídico.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que **COLPENSIONES** es una entidad de seguridad social de naturaleza pública y que la garante de las condenas impuestas en su contra es la Nación, procede el grado jurisdiccional de consulta en su favor conforme al artículo 69 del CPTSS.

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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho a la demandante a la indexación del retroactivo pensional pagado por las mesadas pensionales causadas a partir del 30 de septiembre de 2012 hasta el 30 de abril de 2019 conforme a lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: ***i)*** LEONOR FORERO nació el 09 de febrero de 1944 *(pág. 1 archivo "005Demanda.pdf");* ***ii)*** COLPENSIONES mediante Resolución SUB 66285 del 18 de marzo de 2019 le reconoció pensión de vejez a la demandante en cuantía del salario mínimo con efectos retroactivos a partir del 30 de septiembre de 2012 (*pág. 3 a 10*, *archivo "005Demanda.pdf");* ***iii)*** la demandante radicó solicitud de reliquidación pensional e intereses moratorios el 11 de junio de 2019 bajo radicado 2019_7750252 *(pág. 11 a 19 archivo "005Demanda.pdf");* ***iv)*** y COLPENSIONES mediante Resolución SUB 195007 del 24 de julio de 2019 negó la prestación reclamada.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor atendiendo los siguientes aspectos:

- **De la indexación de las mesadas pensionales**

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que la corrección monetaria pretende impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario, en procura de que la obligación se satisfaga de manera completa e integral. También ha advertido que el juez del trabajo tiene el deber, incluso con el empleo de las facultades oficiosas, de indexar los rubros causados en favor de las partes, lo cual, en vez de contrariar alguna

disposición sustantiva o adjetiva, desarrolla los principios de equidad, justicia social y buena fe que tienen pleno respaldo constitucional y, de paso, protege la voluntad intrínseca del interesado, puesto que es impensable que desee recibir el crédito causado en su favor con una moneda depreciada (SL359 de 2021 y SL-815 de 2021).

CASO CONCRETO

Al descender al caso bajo estudio se tiene que la demandada COLPENSIONES reconoció a LEONOR FORERO pensión de vejez mediante Resolución SUB 66285 del 18 de marzo de 2019 a partir del 30 de septiembre de 2012 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y un retroactivo pensional por valor de $55.232.134, cuya inclusión en nómina se materializó en el mes de mayo de 2019 (*pág. 3 a 10 archivo "005Demanda.pdf").* Por lo tanto, la demandante si bien recibió las mesadas pensionales adeudadas por COLPENSIONES desde el 30 de septiembre de 2012, el poder adquisitivo de las mesadas pensionales retroactivas se vio afectado por el fenómeno inflacionario y, por ende, conforme al artículo 53 Constitucional y al citado criterio jurisprudencial, es procedente ordenar la indexación de las mesadas que se causaron hasta el 30 de abril de 2019, atendiendo a que Colpensiones incluyó en nómina de pensionados a la demandante a partir del mes de mayo del 2019.

Contrario a lo afirmado en el recurso de apelación, no se trata de reajustar la mesada pensional año a año conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aspecto que no fue objeto de la litis y que, en todo caso, le corresponde aplicar de oficio al fondo de pensiones en enero de cada año; en el presente asunto lo que se busca es resarcir la disminución del poder adquisitivo de las mesadas pensionales que le fueron reconocidas a la demandante de forma retroactiva desde el año 2012 y la única forma de materializar este aspecto es a través de la actualización monetaria.

Por lo tanto, surge con meridiana claridad que la orden de indexación contenida en la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual se confirmará. Sin embargo, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, se procede a revisar el valor de la indexación de las mesadas pensionales causadas entre el 30 de septiembre de 2012 hasta el 30 de abril de 2019, teniendo en cuenta 14 mesadas anuales, conforme lo dispuso COLPENSIONES en el acto administrativo de reconocimiento pensional, de la siguiente manera:

AÑO	MES	VALOR MESADA	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR INDEXACION
2012	SEPTIEMBRE	$ 79.338	102,12	77,96	$ 24.587
2012	OCTUBRE	$ 566.700	102,12	78,08	$ 174.481
2012	NOVIEMBRE	$ 1.133.400	102,12	77,98	$ 350.863
2012	DICIEMBRE	$ 589.500	102,12	78,05	$ 181.797
2013	ENERO	$ 589.500	102,12	78,28	$ 179.531
2013	FEBRERO	$ 589.500	102,12	78,63	$ 176.108
2013	MARZO	$ 589.500	102,12	78,79	$ 174.553
2013	ABRIL	$ 589.500	102,12	78,99	$ 172.618
2013	MAYO	$ 589.500	102,12	79,21	$ 170.502
2013	JUNIO	$ 1.179.000	102,12	79,39	$ 337.557
2013	JULIO	$ 589.500	102,12	79,43	$ 168.397
2013	AGOSTO	$ 589.500	102,12	79,5	$ 167.729
2013	SEPTIEMBRE	$ 589.500	102,12	79,73	$ 165.545
2013	OCTUBRE	$ 589.500	102,12	79,52	$ 167.539
2013	NOVIEMBRE	$ 589.500	102,12	79,35	$ 169.161
2013	DICIEMBRE	$ 1.179.000	102,12	79,56	$ 334.317
2014	ENERO	$ 616.000	102,12	79,95	$ 170.816
2014	FEBRERO	$ 616.000	102,12	80,45	$ 165.926
2014	MARZO	$ 616.000	102,12	80,77	$ 162.828
2014	ABRIL	$ 616.000	102,12	81,14	$ 159.276
2014	MAYO	$ 616.000	102,12	81,53	$ 155.568
2014	JUNIO	$ 1.232.000	102,12	81,61	$ 309.623
2014	JULIO	$ 616.000	102,12	81,73	$ 153.680
2014	AGOSTO	$ 616.000	102,12	81,9	$ 152.082
2014	SEPTIEMBRE	$ 616.000	102,12	82,01	$ 151.052
2014	OCTUBRE	$ 616.000	102,12	82,14	$ 149.838
2014	NOVIEMBRE	$ 616.000	102,12	82,25	$ 148.814
2014	DICIEMBRE	$ 1.232.000	102,12	82,47	$ 293.547
2015	ENERO	$ 644.350	102,12	83	$ 148.433
2015	FEBRERO	$ 644.350	102,12	83,96	$ 139.369
2015	MARZO	$ 644.350	102,12	84,45	$ 134.821
2015	ABRIL	$ 644.350	102,12	84,9	$ 130.691
2015	MAYO	$ 644.350	102,12	85,12	$ 128.688
2015	JUNIO	$ 1.288.700	102,12	85,21	$ 255.744
2015	JULIO	$ 644.350	102,12	85,37	$ 126.425
2015	AGOSTO	$ 644.350	102,12	85,78	$ 122.740
2015	SEPTIEMBRE	$ 644.350	102,12	86,39	$ 117.324
2015	OCTUBRE	$ 644.350	102,12	86,98	$ 112.157
2015	NOVIEMBRE	$ 644.350	102,12	87,51	$ 107.576

AÑO	MES	VALOR MESADA	IPC FINAL	IPC INICIAL	VALOR INDEXACION
2015	DICIEMBRE	$ 1.288.700	102,12	88,05	$ 205.929
2016	ENERO	$ 689.455	102,12	89,19	$ 99.951
2016	FEBRERO	$ 689.455	102,12	90,33	$ 89.989
2016	MARZO	$ 689.455	102,12	91,18	$ 82.723
2016	ABRIL	$ 689.455	102,12	91,63	$ 78.930
2016	MAYO	$ 689.455	102,12	92,1	$ 75.009
2016	JUNIO	$ 1.378.910	102,12	92,54	$ 142.749
2016	JULIO	$ 689.455	102,12	93,02	$ 67.448
2016	AGOSTO	$ 689.455	102,12	92,73	$ 69.815
2016	SEPTIEMBRE	$ 689.455	102,12	92,68	$ 70.225
2016	OCTUBRE	$ 689.455	102,12	92,62	$ 70.717
2016	NOVIEMBRE	$ 689.455	102,12	92,73	$ 69.815
2016	DICIEMBRE	$ 1.378.910	102,12	93,11	$ 133.433
2017	ENERO	$ 737.717	102,12	94,07	$ 63.130
2017	FEBRERO	$ 737.717	102,12	95,01	$ 55.206
2017	MARZO	$ 737.717	102,12	95,46	$ 51.469
2017	ABRIL	$ 737.717	102,12	95,91	$ 47.766
2017	MAYO	$ 737.717	102,12	96,12	$ 46.050
2017	JUNIO	$ 1.475.434	102,12	96,23	$ 90.308
2017	JULIO	$ 737.717	102,12	96,18	$ 45.561
2017	AGOSTO	$ 737.717	102,12	96,32	$ 44.422
2017	SEPTIEMBRE	$ 737.717	102,12	96,36	$ 44.098
2017	OCTUBRE	$ 737.717	102,12	96,37	$ 44.017
2017	NOVIEMBRE	$ 737.717	102,12	96,55	$ 42.559
2017	DICIEMBRE	$ 1.475.434	102,12	96,92	$ 79.161
2018	ENERO	$ 781.242	102,12	97,53	$ 36.767
2018	FEBRERO	$ 781.242	102,12	98,22	$ 31.021
2018	MARZO	$ 781.242	102,12	98,45	$ 29.123
2018	ABRIL	$ 781.242	102,12	98,91	$ 25.354
2018	MAYO	$ 781.242	102,12	99,16	$ 23.321
2018	JUNIO	$ 1.562.484	102,12	99,31	$ 44.211
2018	JULIO	$ 781.242	102,12	99,18	$ 23.158
2018	AGOSTO	$ 781.242	102,12	99,3	$ 22.186
2018	SEPTIEMBRE	$ 781.242	102,12	99,47	$ 20.813
2018	OCTUBRE	$ 781.242	102,12	99,59	$ 19.847
2018	NOVIEMBRE	$ 781.242	102,12	99,7	$ 18.963
2018	DICIEMBRE	$ 1.562.484	102,12	100	$ 33.125
2019	ENERO	$ 828.116	102,12	100,6	$ 12.512
2019	FEBRERO	$ 828.116	102,12	101,18	$ 7.694
2019	MARZO	$ 828.116	102,12	101,62	$ 4.075
2019	ABRIL	$ 828.116	102,12	102,12	$ 0
TOTAL					**$9.074.950**

El Juzgado condenó a COLPENSIONES a pagar por concepto de indexación la suma de $9.590.248, superior al calculado por la Sala, por lo que se modificará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

- **Sobre la excepción de prescripción**

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 el momento en que que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez (o indexaciones 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, COLPENSIONES le reconoció a la demandante pensión de vejez mediante Resolución SUB 66285 del 18 de marzo de 2019, se radicó reclamación administrativa el 11 de junio de 2019 bajo radicado 2019_7750252 *(pág. 11 a 19, archivo "005Demanda.pdf")* y la demanda fue presentada el 14 de febrero de 2020 *(pág. 1, archivo ""006ActaDeReparto.pdf),* por lo anterior se tiene que la demanda ordinaria laboral se radicó en los 3 años siguientes al reconocimiento pensional, razón por la cual no prosperar este medio exceptivo.

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 en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante LEONOR FORERO la suma de

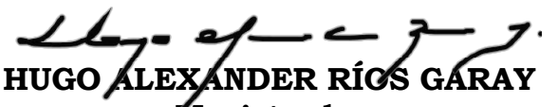
$9.074.950 por concepto de indexación del retroactivo pensional, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

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

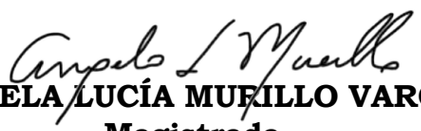
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.09-2020-00152-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 las demandadas **SKANDIA**, **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 15 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuada por la demandante LUZ BEATRIZ PAREJA LÓPEZ a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, ordenó a las AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, junto con cuotas de administración y comisiones, sin descuento, y a COLPENSIONES a recibir todos los dineros que se le trasladen y abonarlos en la historia laboral como semanas cotizadas, declaró no probadas las excepciones, absolvió a la llamada en garantía y condenó en costas a PROTECCIÓN y a SKANDIA (*min. 28:02, archivo "C7 folio 1333 audiencia parte 2*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

LUZ BEATRIZ PAREJA LÓPEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

– COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional que hizo al RAIS el 11 de abril de 1995, así como los traslados horizontales que realizó en ese régimen pensional, se condene a las AFP a devolver a COLPENSIONES todas las suma de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual, aportes, bonos, rendimientos, comisiones, etc., y a COLPENSIONES a activar la afiliación y actualizar la historia laboral, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de febrero de 1967, cotizó al ISS desde el 5 de agosto de 1985, se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN en mayo de 1995, realizando varios traslados horizontales dentro del mismo régimen pensional, siendo el último en SKANDIA en el año 2015 donde se encuentra afiliada actualmente; que ninguna de las AFP le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, las desventajas de afiliarse al RAIS, los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, no recibió asesoría profesional y comprensible sobre estos aspectos; que en enero de 2020 radicó ante las demandadas solicitud de nulidad y afiliación al RPM, las cuales fueron negadas *"pág. 149 a 181, archivo "A1 folio 1 a 126 - Demanda y anexos 10-03-2022"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó los hechos relativos a la vinculación a ese fondo de pensiones y la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. formuló las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento

de la afiliación al rais, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. Adicionalmente, llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre ambas entidades. (*pág. 1 a 21 y 54 a 67, archivo "A6 folio 179 a 303 - Contestación de Skandia 16-12-2020"*).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud presentada ante ese fondo y su respuesta, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. 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, 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, 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, traslado de aportes y la innominada o genérica (*pág. 3 a 35, archivo "A9 folio 363 a 439 - Contestación de Protección S.A. 12-11-2020"*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 44, archivo "B2 Folio 460 a 503 - Contestación de la demanda 02-03-2021"*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, las semanas cotizadas en el RPM, el traslado al RAIS, la petición presentada y su respuesta, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de

inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 21 a 46, archivo "B8 folio 681 a 1074 - Contestación de la demanda 18-05-2022*").

Mediante auto del 10 de diciembre de 2021, la Juez admitió el llamamiento en garantía formulado por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. *(anexo "B5 folio 623 a 625 - Auto se pronuncia frente a las contestaciones y fija fecha de audiencia 10-12-2021").*

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos señaló no constarle. Formuló las excepciones que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otras AFPs, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a "Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A."; prescripción de la acción de nulidad; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento se opuso a la pretensión. Aceptó los hechos relacionados con la existencia del seguro previsional, su vigencia y los pagos realizados desde el 01 de enero 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018. Como medio de defensa, presentó las excepciones que denominó Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo

y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a "Mapfre Colombia Vida Seguros S.A."; Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante "Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A." y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual por parte de "Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones (*pág. 70 a 93, archivo "B9 folio 1075 a 1168 - Contestación de la demanda MAPFRE COLOMBIA 21-01-2022 "*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 28:02, archivo "C7 folio 1333 audiencia parte 2")

El 15 de junio de 2022, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Luz Beatriz Pareja López, entre el RPM al RAIS administrado por Cesantías y Pensiones Colmena – hoy Protección S.A. el 11 de abril de 1995. **SEGUNDO. CONDENAR** a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Beatriz Pareja López, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Luz Beatriz Pareja López, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado. **CUARTO. CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de Skandia, Porvenir y Protección todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra,*

convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. ***QUINTO. DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.* ***SEXTO. DECLARAR PROBADA*** *la excepción de inexistencia de la obligación por parte de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.* ***SÉPTIMO. ABSOLVER*** *a la llamada en garantía de todas las pretensiones instauradas en su contra.* ***OCTAVO. COSTAS.*** *Lo serán a cargo de Protección S.A. en favor de la demandante, conforme lo indicado en la parte motiva de la presente providencia. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva. En cuanto al llamamiento, lo serán a cargo de Skandia en favor de Mapfre. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.* ***NOVENO****. De no ser apelado, remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 69 del CPTSS."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si procede la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS, por el incumplimiento del deber de información, sus consecuencias en caso de acogerse la pretensión y resolver lo referente al llamamiento en garantía que efectuó SKANDIA a MAPFRE.

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 PROTECCIÓN, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, que en este caso no hay prueba de que dicho fondo de pensiones en el año 1995 le haya indicado a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, como las consecuencias jurídicas del traslado, siendo insuficiente el formulario de vinculación, por lo que al estar demostrada la falta al deber de información la consecuencia es declarar la ineficacia de dicho traslado, siendo necesario que todas las AFP trasladen a COLPENSIONES los ahorros consignados en la cuenta individual de la demandante, saldos, bonos pensionales, rendimientos financieros, cuotas de administración y comisiones, y a COLPENSIONES a convalidar las semanas en la historia laboral.

Respecto del llamamiento en garantía, señaló que no es procedente en la medida en que le corresponde al AFP, de acuerdo con el precedente jurisprudencial, devolver las primas previsionales con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, además en el expediente no se probó los valores pagados por SKANDIA a MAPFRE SEGUROS DE VIDA en razón al cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte de la demandante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que no es viable la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional dado que no existió ningún error, fuerza o dolo, pues con el interrogatorio se demostró que a la demandante se le brindó la información por cada uno de los fondos, ratificando su deseo de permanecer en el RAIS dado que se trasladó dentro de este mismo régimen varias veces; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no siendo viable su traslado. Indicó que la demandante es abogada y no desconocía el régimen al cual se estaba afiliando y, además, que no hay lugar al retorno de la demandante al RPM por estar en contravía del articulo 48 Constitucional al descapitalizarse el sistema pensional (*min. 31:45 archivo "C7 folio 1333 audiencia parte 2*").

Por su parte, la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial frente a la devolución de gastos de administración. Para sustentar, señaló que la Superintendencia Financiera ha indicado que en el evento en que proceda la nulidad o ineficacia del traslado las sumas a retornar solo serían los rendimientos y los aportes que reposan en la cuenta individual, valores que ya fueron trasladadas en su momento a Old Mutual, que los gastos de administración no puede gozar de la imprescriptibilidad dado que no corresponden a valores propios del afiliado, no van a financiar la prestación por vejez y no forman parte integral de ella, y además porque la mejor muestra de la buena administración del dinero que hizo la AFP durante el tiempo en que

estuvo vinculada, fueron los rendimientos que se le generaron y depositaron en la cuenta de ahorro individual.

Igualmente, **SKANDIA** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque el fallo parcialmente en cuanto ordenó la devolución de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y porcentaje de pensión de garantía mínima.

Para sustentar manifestó que estos dineros fueron descontados por mandado del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, fueron utilizados para la administración de la cuenta de la demandante que se vio reflejado en los rendimientos; que los porcentajes destinados a seguros previsionales nunca fueron administrados por dicha AFP, fueron destinados exclusivamente a la aseguradora y no hacen parte integrante para el reconocimiento de la pensión de vejez; y sin bien la demandante no sufrió ningún siniestro, la finalidad de estos porcentajes cumplieron su objetivo, por lo que en caso de confirmarse la sentencia, solicita se condene a MAPFRE, en virtud de la póliza, a devolver dichos dineros, porque de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa no solo a COLPENSIONES sino también a MAPFRE.

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 afirmando que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ni los gastos de administración ni las primas de seguro está destinadas a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero, siendo, además, conceptos susceptibles de prescripción.

La apoderada principal de SKANDIA solicitó revocar parcialmente la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

La firma de abogados WORLD LEGAL CORPORATION SAS allegó documental que la acreditan para actuar en nombre y representación de COLPENSIONES, por lo que se le reconoce tal calidad. A su vez, sustituyó el poder al doctor Oscar William Montes Urrea, identificado con CC 1.053.836.281 y TP 316.002 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó revocar el fallo, reiterando lo señalado en el recurso.

Y finalmente, la parte demandante y la apoderada principal de MAPFRE SEGUROS DE VIDA, quien reasumió el poder, solicitaron la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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 de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A**., así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y si existe responsabilidad del llamado en garantía, 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 la demandante **LUZ BEATRIZ PAREJA LÓPEZ**: ***i)*** nació el 27 de febrero de 1967 (*pág. 4, archivo "A1 folio 1 a 126 - Demanda y anexos 10-03-2022"*).; ***ii)*** se afilió al ISS a partir del 05 de agosto de 1985 (*pág. 378, historia laboral, archivo "B8 folio 681 a 1074 - Contestación de la demanda 18-05-2022"*); ***iii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 11 de abril de 1995, efectivo desde el 1° de mayo de 1995 (*pág. 45 y 52, archivo "A9 folio 363 a 439 - Contestación de Protección S.A. 12-11-2020*"); ***iv)*** realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a **PORVENIR S.A.** el 29 de enero de 2001 (*pág. 79 y 81, archivo B3 Folios 504 a 617 - Contestación de la demanda 02-03-2021*), luego a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de marzo de 2007 (*pág. 46 y 52, archivo "A9 folio 363 a 439 - Contestación de Protección S.A. 12-11-2020*"), posteriormente retornó a PORVENIR S.A. el 20 de noviembre de 2008 (*pág. 79 y 82, archivo B3 Folios 504 a 617 - Contestación de la demanda 02-03-2021*), y finalmente se trasladó a **SKANDIA** el 28 de julio de 2015 (pag. 38, archivo "*A6 folio 179 a 303 - Contestación de Skandia 16-12-2020),* donde sigue vinculada.

En la sentencia de primera instancia se declaró ineficaz el traslado al RAIS, se ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación, se negó el llamamiento en garantía y se condenó en costas a PROTECCIÓN y SKANDIA. Decisión contra la cual **COLPENSIONES**, **PORVENIR** Y **SKANDIA** 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 pensional, 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 la **AFP COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible a la **DEMANDANTE** sobre 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 PROTECCIÓN** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que los asesores de la **AFP COLMENA** se limitaron a indicarle que en dicho fondo iba a tener una pensión más segura y mucho mayor 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, realizar traslados horizontales en ese régimen de pensiones, 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.

Precisa la Sala que SKANDIA S.A. que debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES tal y como lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL 3464-2019 y SL4025 de 2021, aspecto sobre el cual no tiene ninguna responsabilidad la llamada en garantía.

En efecto, de las pólizas allegadas (*pág. 2 a 22, archivo "B9 folio 1075 a 1168 - Contestación de la demanda MAPFRE COLOMBIA 21-01-2022"*) no acreditan que la compañía aseguradora se haya obligado a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP, con ocasión de la ineficacia del traslado del régimen pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no fue trasladado del tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 del CCO, por lo cual no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, se reitera que 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. 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.

Se advierte que la orden dada en la sentencia respecto de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva la reactivación de la afiliación en el RPM 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.

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: ADICIONAR el ordinal segundo y tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibieron por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo 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, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en cada fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA** con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva.

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.

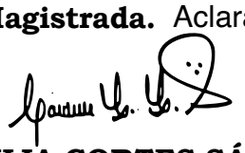
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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. Aclaración de voto



CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ BEATRIZ PAREJA LOPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2020 00152 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.12 2019 00148 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el grado jurisdiccional de consulta a su favor contra la sentencia proferida el 02 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante **MARIA NERY BEJARANO BEJARANO** la pensión de invalidez en cuantía de un SMLMV, a partir del 25 de febrero de 2017, junto con el retroactivo pensional indexado y costas procesales en cuantía de $3.000.000 *(min. 17:28, archivo "26.2Audiencia-mp4").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MARÍA NERY BEJARANO BEJARANO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 25 de

febrero de 2017, se ordene la elaboración del cálculo actuarial de los años 2013 al 2017 y se pague el retroactivo pensional.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 24 de diciembre de 1960, cotizó a pensiones desde el mes de enero de 2013 a septiembre de 2016, fue calificada por COLPENSIONES mediante Dictamen No. 2017211735NN del 17 de abril de 2017 con un porcentaje del 74.84% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el 25 de febrero de 2017; que con ocasión de ello radicó ante la demandada solicitud de pensión de invalidez el 08 de junio de 2017 y mediante Resolución No.5978179 del 30 de junio de 2017 COLPENSIONES negó la prestación reclamada *(pág. 1 a 3, archivo "003.Demanda.pdf").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, de los hechos aceptó la edad de la demandante, las cotizaciones efectuadas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la solicitud pensional radicada por la demandante y la negativa a la misma, de los demás manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica *(pág. 1 a 6, archivo "014ContestacionDeDemanda.pdf").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min.17:28, archivo "26.2Audiencia-mp4")

El 02 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARÍA NERY BEJARANO BEJARANO la pensión de invalidez a partir del 25 de febrero de 2017 en cuantía igual al salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, esta prestación deberá ser reconocida por 13 mesadas al año la cual deberá ser incrementada en los términos dispuestos por el Gobierno Nacional, conforme la parte*

motiva de la providencia. ***SEGUNDO:*** *CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar la suma de $49,533,240 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 25 de febrero de 2017 y el 31 de octubre de 2021, el cual deberá ser indexado desde la fecha de su causación y hasta cuando se haga el pago efectivo del mismo, así mismo, se autoriza a COLPENSIONES a descontar los aportes a salud de conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 del retroactivo reconocido.* ***TERCERO:*** *CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho a COLPENSIONES en la suma única de $3,000,000 y a favor de la demandante.* ***CUARTO****: DECLARAR no probadas las excepciones elevadas por la parte demandada.* ***QUINTO:*** *REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones."*

El juzgado fijó el problema jurídico en determinar si es viable ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la demandante a partir del 25 de febrero de 2017.

Para resolver, indicó que la demandante acredita una PCL del 74.84% estructurada el 25 de febrero de 2017 y en los últimos 3 años anteriores a la estructuración acredita 55.72 semanas cotizadas a través de su empleador Fundación Tierra Tolimense, que los periodos del 01 de julio de 2016 al 30 de septiembre del mismo año deben ser tenidos en cuenta para el estudio de la pensión, pues si bien fueron cotizados con posterioridad a la emisión del dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, pagados el 26 de septiembre de 2017, existe una obligación a cargo de las AFP de cobrar los aportes en mora, que en la historia laboral de la demandante se observa una afiliación con el empleador Fundación Tierra Tolimense desde enero de 2013 y no se avisora acciones de cobro por parte de COLPENSIONES frente a los demás periodos que estaban a su cargo y que, por tanto, no se puede trasladar dicha carga al trabajador; así, concluyó que se deben tener en cuenta las semanas comprendidas entre el 01 de julio de 2016 al 30 de septiembre de 2016 máxime cuando Colpensiones incluyó y aceptó dichos periodos a través del cálculo actuarial y, por ende, al cumplir los requisitos previstos en la ley, reconoció y ordenó el pago de

la pensión de invalidez a partir del 25 de febrero de 2017, en cuantía de un SMLMV por 13 mesadas al año, junto con el retroactivo pensional debidamente indexado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Para sustentar, indicó que COLPENSIONES negó a la demandante la pensión de invalidez debido a que no cumplía los requisitos para ello, pues si bien en el expediente hay un dictamen de PCL de fecha 17 de abril de 2017 en la que se le determinó una PCL del 74.84%, la demandante solo acredita 44 semanas de cotización entre el 17 de abril de 2014 al 17 de abril de 2017; que las cotizaciones hechas en favor de la demandante fueron pagadas bajo la figura del cálculo actuarial, que en los casos en que medie esta forma de pago, la misma debe realizarse antes de la fecha del siniestro por cuanto no es posible pagar un seguro para beneficiarse de las posibles primas con ocurrencia del siniestro para obtener la calidad y/o condición de beneficiario de una prestación, a la cual no se tenía derecho en principio ante la ausencia de los periodos de cotización.

Afirmó que el cálculo actuarial por omisión de afiliación se genera cuando el empleador incumplió su obligación de afiliar y cotizar a sus trabajadores, que ocurrido el siniestro por invalidez o muerte no procede el pago del cálculo actuarial, el empleador deberá asumir el pago de las prestaciones generadas por estas contingencias por los periodos omitidos, que la invalidez de la demandante se estructuró el 25 de febrero de 2017 y se evidencia en su historia laboral pagos con posterioridad a dicha data y con los mismos la demandante se beneficia para causar la prestación económica por semanas, y concluye que, conforme la normatividad legal y la interna de COLPENSIONES y los supuestos fácticos, a la demandante no le asiste derecho a la pensión de invalidez .

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite 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.

V. 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 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 reconoce como abogada de dicha parte, y en su escrito solicitó se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso. La parte actora no presentó escrito de intervención.

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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y, los que no, en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si los periodos comprendidos entre el 01 de julio de 2016 al 30 de septiembre de 2016 pagados en favor de la demandante mediante la figura del cálculo actuarial pueden ser tenidos en cuenta para causar la pensión de invalidez y si como consecuencia de ello se debe condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez con su correspondiente retroactivo e indexación, conforme lo planteado en el

recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia en que: ***i)*** **MARIA NERY BEJARANO BEJARANO** nació el 24 de diciembre de 1960 *(pág. 9, archivo "003Demanda.pdf");* ***ii)*** **COLPENSIONES** mediante dictamen No. 2017211735NN del 17 de abril de 2017 y notificado el 12 de mayo del 2017 le determinó a la demandante una PCL del 74.84% con fecha de estructuración el día 25 de febrero de 2017, de origen común *(pág. 4 a 8, archivo "003Demanda.pdf");* ***iii)*** la demandante solicitó la pensión de invalidez el día 08 de junio de 2017 y COLPENSIONES mediante Resolución SUB 116355 del 30 de junio de 2017 negó la prestación solicitada *(pág. 10 a 15, archivo "003Demanda.pdf");* ***iv)*** la demandante presentó recurso de reposición el 24 de enero de 2018 contra el citado acto administrativo y la demandada mediante Resolución SUB 34320 del 06 de febrero de 2018 confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución inicial *(pág. 16 a 19, archivo "003Demanda.pdf");* ***v)*** **MARIA NERY BEJARANO BEJARANO** fue afiliada a COLPENSIONES el día 05 de julio de 2016 por el empleador FUNDACIÓN TIERRA TOLIMENSE y cotizó un total de 81.29 semanas entre el 01 de enero de 2013 al 30 de septiembre de 2016, de las cuales las causadas hasta el 30 de junio de 2016 fue validadas a través de la figura del cálculo actuarial por omisión en la afiliación *(pág. 20 a 21, archivo "003Demanda.pdf").*

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a su favor 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 realicé 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, de forma pacífica y reiterada, 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. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro.

- **Sobre la pensión de invalidez bajo los postulados de la Ley 860 de 2003.**

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de forma pacífica y reiterada ha indicado que la norma aplicable a la

pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, salvo en los eventos de la condición más beneficiosa, tal y como reafirmó recientemente en las sentencias SL4567 de 2019, SL4020 de 2019, SL1010 de 2020, SL1018 de 2020, entre otras.

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993 establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 ibidem, fueron modificados por la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar al menos 50% de pérdida de capacidad laboral y haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

- **Sobre los aportes sufragados mediante calculo actuarial con posterioridad a la estructuración de la invalidez.**

La H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que en casos en los cuales se presenta omisión de la afiliación por parte del empleador, trae como consecuencia que éste asuma todas las prestaciones derivadas de tales riesgos durante el periodo de desprotección, por lo que frente a la administradora de pensiones no se puede endilgar responsabilidad por el no cobro de aportes por cuanto, al no haber afiliación, no existe la mora (SL1342-2019 y SL4698 de 2020).

La misma Corporación ha establecido que ante la falta de afiliación del trabajador es deber de las AFP tener en cuenta el tiempo servido cuando el empleador ha pagado el cálculo actuarial a satisfacción de la administradora de pensiones (SL9856 de 2014, SL16715 de 2014, SL17300 de 2014, SL2731 de 2015 y SL4698 de 2020), sin embargo, que ello solo ocurre cuando se trata de pensiones de vejez y/o jubilación ya que corresponde a un derecho en formación el cual se consolida a través del tiempo, durante el cual el afiliado debe acreditar un número mínimo de semanas, pero que tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivientes las mismas tienen características particulares y diferentes a las prestaciones derivadas

del riesgo de vejez por cuanto exigen una fecha de causación cierta atada al riesgo incierto de la muerte o la invalidez y, por lo tanto, los aportes realizados mediante cálculo actuarial con posterioridad a la ocurrencia del mismo no tiene efectos vinculantes para la AFP (SL21506-2017 y SL4698 de 2020).

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio no existe controversia sobre el estado de invalidez de la demandante, declarado mediante dictamen 2017211735NN del 17 de abril de 2017, notificado el 12 de mayo siguiente, donde se determinó una PCL del 74.84% con fecha de estructuración el 25 de febrero de 2017, de origen común, por el diagnóstico de *H542 VISION SUBNORMAL DE AMBOS OJOS (pág. 4 a 8, archivo "003Demanda.pdf").*

Conforme lo reseñado se tiene que, tratándose de cálculos actuariales, dichos aportes deben ser tenidos en cuenta por la AFP para el estudio de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social, sin embargo, para las pensiones de invalidez y sobrevivencia estos aportes únicamente pueden ser valorados si fueron sufragados con anterioridad a la ocurrencia de la muerte o la estructuración de la invalidez.

Al respecto, encuentra la Sala que **MARIA NERY BEJARANO BEJARANO** fue afiliada al Sistema General de Pensiones tan solo el 05 de julio de 2016 (*archivos "GAF-FAF-AF-2016_7645215-20160705044144", "GEN-ANX-CI-2016_7644002-20160705033610.pdf" y GEN-REQ-IN-2017_6409288-20170621093313.pdf, expediente administrativo carpeta "16.1Anexos"*) y en virtud de la figura del cálculo actuarial, por omisión, se validaron los aportes pensionales del periodo comprendido entre el 1° de enero de 2013 al 30 de junio de 2013, 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2015 y del 1° de abril al 30 de junio de 2016, suma cancelada por el empleador FUNDACIÓN TIERRA

TOLIMENSE el 30 de septiembre y 31 de diciembre de 2016, respectivamente, para un total de 68,45 semanas cotizadas.

Ahora, los aportes sufragados a nombre de la demandante por el periodo de julio de 2016, fueron cancelados el 26 de septiembre de 2017, y los periodos de agosto y septiembre de 2016 se cancelaron el 14 de noviembre de 2017, pagos que fueron aplicados al periodo declarado *(pág. 20 a 21 archivo "003Demanda.pdf"),* es decir, los periodos referenciados fueron pagados con posterioridad a la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral (17 de abril de 2017) y, por lo tanto, no pueden ser considerados para estudiar la causación de la pensión de invalidez.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la demandante desde diciembre de 2014 ya estaba realizando trámites para la calificación de primera oportunidad y para esa fecha ni siquiera estaba afiliada al sistema general de pensiones, según lo probado en el expediente, y no se demostró la relación que existía para ese momento con el fondo de pensiones. En efecto, en comunicación del 12 de diciembre de 2014 COLPENSIONES le informó a MARIA NERY que debía acercarse a la sede de ASALUD para la práctica del examen médico laboral (*archivo GEN-RES-CO-2014_10365381-20141212015039.pdf", expediente administrativo*), actuación que fue reiterada en comunicaciones del 14 de abril y 25 de mayo de 2015.

Y si bien se podría hablar de mora imputable al fondo de pensiones público, por no ejercer oportunamente las acciones de cobro respectivas contra FUNDACIÓN TIERRA TOLIMENSE por los periodos de julio a septiembre de 2016, dado que para esas fechas la demandante tenía afiliación activa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al presente proceso no se aportaron elementos de prueba que acrediten la existencia de la relación laboral, situación que le impide a esta Sala tener certeza de que la demandante prestó, efectivamente, su servicio personal por los periodos registrados con su empleador de julio a septiembre de 2016, conforme los parámetros establecidos por la jurisprudencia.

Dicho lo anterior, al revisar la historia laboral de la demandante *(pág. 20 a 21 archivo "003Demanda.pdf")* se tiene que en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, esto es, entre el 26 de febrero de 2014 al 25 de febrero de 2017, acredita un total de 300 dias equivalente a 42 semanas, por lo tanto, no acredita el mínimo de 50 semanas en ese periodo, en los términos señalados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2003, y tampoco cumple los presupuestos del parágrafo 2° de dicho artículo.

No obstante, el diagnóstico por el cual fue calificada la demandante corresponde a una enfermedad de carácter degenerativo, las circunstancias narradas precedentemente, impiden realizar un análisis diferente.

En esa medida, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se absolverá a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda.

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 en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA

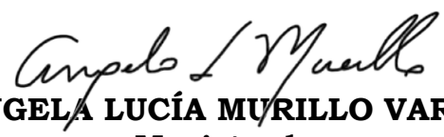
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

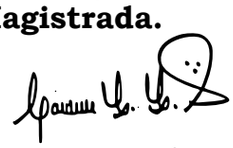
TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.12-2021-00009-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 del 14 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuada por la demandante JEANNETTE DUEÑAS CUFIÑO a la AFP PORVENIR, ordenó a PROTECCIÓN y PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante durante el tiempo en que estuvo en cada fondo, sumas debidamente indexadas, ordenó a COLPENSIONES a recibir esos recursos y actualizar la información en la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la parte demandada (*min. 55:40, archivo "015. 11001310501220210000900_L110013105012CSJVirtual_01_20220714_090000_V 07_14_2022 03_44 PM UTC FL 1*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS 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 nulidad o ineficacia del traslado realizado del ISS a PORVENIR y nulidad o ineficacia del traslado realizado de PORVENIR a PROTECCIÓN, por falta al deber de información, se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensiones realizados como cotizaciones, gastos de representación, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1747 del Código Civil, y los rendimientos, a COLPENSIONES a validar los aportes e incorporarlos en la historia laboral, y costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 31 de julio de 1963, comenzó a cotizar en el ISS desde el 17 de junio de 1987 y no es beneficiaria del régimen de transición; que posteriormente el reportan traslados a PORVENIR y a PROTECCIÓN, pero que el momento del traslado de régimen no le fue suministrada la información necesaria, ni le fue explicada de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, ni la diferencia tan significativa en el monto de la pensión entre un régimen y otro; que el 13 y 26 de octubre de 2020 y 19 de noviembre de 2020 se surtió reclamación ante COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN, respectivamente, solicitando el traslado de régimen pensional, las cuales fueron negadas *(pág. 1 a 15, archivo "001.DEMANDA Y ANEXOS (141FL)").*

- **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 presentación de la reclamación

administrativa y su respuesta, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 3 a 10, archivo "004. CONTESTACION COLPENSIONES folios 147 a 177*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, el traslado al RAIS, lo relacionado con el régimen de transición, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, frente a los demás hechos señaló no constarle. 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, y la innominada o genérica (*pág. 3 a 20, archivo "006. CONTESTACION PROTECCION folios 179 a 258"*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y no ser beneficiaria del régimen de transición, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, frente a los demás hechos señaló no constarle. Formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de la nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (*pág. 2 a 27, archivo "007. CONTESTACION PORVENIR folios 259 a 391*.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 55:40, archivo "015.11001310501220210000900...").

El 14 de julio de 2022, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la señora JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS identificada con C.C. No 51.718.796 del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PORVENIR S.A. el 20 de agosto de 1996, conforme a lo considerado en esta sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la señora JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS al régimen de prima media con prestación definida. **TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a ésta y a HORIZONTE, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido. **QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una. **OCTAVO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del RPM al RAIS, con la consecuente nulidad o ineficacia de los traslados a las otras administradoras, y si debe COLPENSIONES recibir en el RPM a la demandante junto con la obligación de los fondos privados de restituir los valores obtenidos en virtud de la afiliación.

Para resolver, la Juez indicó que conforme con 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 ventajas y desventajas, la redención pensional, las diferentes modalidades de pensión, entre otros elementos, y que como tal aspecto no ocurrió, quedó plenamente demostrada la falta al deber de información, siendo insuficiente el formulario de afiliación para acreditar esos propósitos, lo que demuestra que ese traslado es ineficaz, quedado la obligación de Protección, fondo donde se encuentra actualmente la demandante, de trasladar a COLPENSIONES, quien deberá recibirlos y a actualizar su historia laboral, todos los valores recibidos por conceptos de aportes pensionales, sumas adicionales, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, para el caso de Porvenir lo condenó a devolver a COLPENSIONES gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, indexados, pues dada la ineficacia todas las cosas vuelven a su estado original y, por ende, las AFP deben devolver tales rubros.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que si bien existe una línea jurisprudencial de la CJS sobre la ineficacia del traslado por el deber de información, la misma Corte ha aclarado que solo resulta aplicable de manera diferenciada en los supuestos fácticos que exigen una similitud, situación que no se presenta como quiera que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, de forma libre, consiente e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1996; que para la época la AFP cumplía con el deber de información únicamente con el formulario de afiliación por expresa disposición legal; que la demandante no contaba con ninguna limitante para regresarse al RPM y decidió permanecer de forma libre y voluntaria en el RAIS, conforme se ratifica con los diferentes traslados que realizó al interior de este régimen pensional, sin que presentara ningún tipo de inconformidad; que si bien la administradora tiene algunas responsabilidades profesionales eso no es excusa para que la demandante no haya indagado sobre las implicaciones que tenía el

traslado de régimen pensional y haber actuado con dedicación en un asunto tan trascendental.

Manifestó que resulta inequitativa la condena por gastos de administración toda vez que despoja al fondo de unas sumas que fueron causadas por su actividad administradora, cuya diligencia fue el origen del mayor valor de los aportes de la actora representada en los rendimientos, siendo un descuento legal, por lo que no puede ordenarse el reintegro de los mismos, lo que configura un enriquecimiento sin justa causa del sistema pensional, gastos que también se descuentan en el RPM; que las sumas destinadas a la pensiones de invalidez y sobrevivencia fueron entregadas a las aseguradoras que fueron contratadas por la AFP, por lo que la demandante tuvo una cobertura durante todo el periodo de afiliación frente a los eventuales riesgos de invalidez y de muerte, por lo que la devolución resulta improcedente (*min. 58:18, archivo "015.11001310501220210000900..."*).

Igualmente, la demandada COLPENSIONES presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y se absuelva de las pretensiones. Para sustentar el recurso, afirmó que en este caso se presentan traslados internos en el RAIS por la demandante lo que configura actos de relacionamiento que demuestran el deseo y el ánimo de la demandante de pertenecen a dicho régimen pensional; que la demandante, según el interrogatorio, tenía los elementos suficientes para celebrar el contrato de aseguramiento que generan no solo deberes sino también obligaciones para solicitar la información de los productos financieros que suscribe; que la demandante está inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003 para el traslado de régimen pensional, en virtud de que se encuentra a menos de 10 años para cumplir el estatus pensional por edad, situación que imposibilita a Colpensiones recibirla como afiliada; que la falta de información no se evidencia en este caso dado que la demandante en el interrogatorio mencionó características básicas en el RAIS, situación que se subsana con los diferentes traslados realizados donde se exterioriza la voluntad de permanecer en este régimen; y solicitó sea revocada la condena en costas en virtud de que Colpensiones ha actuado de buena fe.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Paola Huertas Borda, identificada con CC 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C.S.J., allegó certificado de existencia y representación legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien ejerce la representación judicial de PORVENIR S.A., donde aparece como abogada inscrita de dicha firma, por lo que se le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia en representación de PORVENIR S.A. En el escrito de alegatos, solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

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 que el traslado de régimen pensional es válido, en ningún momento se observaron vicios del consentimiento y no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado el cual, en caso de concederse, afecta la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

Y la apoderada de la DEMANDANTE solicitó confirmar la sentencia al considerar que, para la fecha del traslado, la administradora demandada no dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado, lo que hace ineficaz el traslado, conforme con el precedente jurisprudencial.

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 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 la demandante: ***i)*** **JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS** nació el 31 de julio de 1963 (pág. 20, *archivo "001.DEMANDA Y ANEXOS (141FL)"*).; ***ii)*** se afilió al ISS a partir del 03 de enero de 1992 (*pág. 92, archivo "001.DEMANDA Y ANEXOS (141FL)"*); ***iii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 20 de agosto de 1996, con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año (*pág. 32, archivo 007. CONTESTACION PORVENIR folios 259 a 391);* ***iii)*** realizó traslados horizontales en el RAIS, inicialmente a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 01 de noviembre de 2000, con efectividad a partir del 1° de enero de 2001 (*pág. 33, archivo 007. CONTESTACION PORVENIR folios 259 a 391),* y luego a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de septiembre de 2001, con efectividad a partir del 1° de noviembre de 2021, donde sigue vinculada (*pág. 45 y 47, archivo 006. CONTESTACION PROTECCION folios 179 a 258).*

En la sentencia de primera instancia, se declaró ineficaz la afiliación al RAIS, se ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación.

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 pensional, 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 los asesores de la **AFP PORVENIR** se limitaron a indicarle que el ISS se iba a acabar, que en dicho fondo se podía pensionar en cualquier tiempo 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, 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 afiliada 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, realizar traslados horizontales en el régimen privado, 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 Sala modificará la decisión de primera instancia por cuanto 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.

Ahora, 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, sin descuento alguno, 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 dispuso la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará la decisión en este aspecto.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, lo que conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, 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, 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 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 realizado por la señora JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS, identificada con C.C. No.51.718.796, del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PORVENIR S.A. el 20 de agosto de 1996, conforme a lo considerado en esta sentencia.*", 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 séptimo 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, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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 MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JEANNETTE CUFIÑO DUEÑAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2021 00009 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 12-2021-00084-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 09 de agosto de 2022 del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó su vinculación al RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (01:31:40 archivo "*028. 11001310501220210008400_L110013105012CSJVirtual_01_20220809_110000_V 08_09_2022 05_59 PM UTC FL 1*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 9 archivo "*001. DEMANDA Y ANEXOS folios 1 a 125*").**

CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados de AFP, ordenar el traslado del saldo de la CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 09 de julio de 1963, que se afilió al ISS desde el 27 de junio de 1984; que el 08 de abril de 1994, se trasladó al RAIS mediante afiliación a AFP COLMENA S.A. hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 30 de septiembre de 2005 a **SKANDIA S.A.**, en febrero de 2011 a AFP HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.**, en septiembre de 2012 a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y en julio de 2013 a **SKANDIA 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 **SKANDIA S.A.** le realizó proyección de su mesada pensional en el RAIS siendo inferior a la que obtendría en el RPM y que agotó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** el 30 de noviembre de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, su vinculación de la afiliada al ISS y AFP y que negó su retorno al RPM. Indicó que no participó ni tuvo injerencia en el traslado al RAIS y traslados entre AFP, en todo caso, la **DEMANDANTE** no allegó ninguna prueba de causal de nulidad o ineficacia del traslado ni procede el retorno al RPM por la restricción por edad, en todo caso, en caso de condena solicitó condicionar las condenas a que las **AFP DEMANDADAS** normalicen la situación del afiliado en el Sistema de Información de Administradoras de Pensiones – SIAFP anulando la vinculación y trasladen los aportes, rendimientos y demás saldos de la CAIP y la entrega de su archivo pensional. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (Pág. 2 a 9 archivo "*005. CONTESTACION COLPENSIONES folios 136 a 164*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha del traslado al RAIS. Indicó que el formulario de afiliación a la AFP COLMENA es válido y cumple la

normatividad vigente a la fecha del traslado y fue suscrito de manera libre e informada por la **DEMANDANTE** tras recibir una asesoría objetiva e integral sobre los regímenes pensionales, sus características y las consecuencias de permanecer en uno u otro, por lo cual cumplió el deber de información tal y como se acredita con el formulario de afiliación, sin que sean exigibles obligaciones consagradas en normas expedidas con posterioridad al traslado, sin que se pueda alegar la propia negligencia y desconocimiento de la Ley a favor. 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP e inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración ante la nulidad 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 o ineficacia del traslado y porque se afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la genérica (Pág. 3 a 27 archivo "*007.CONTESTACION PROTECCION} folios 166 a 226*").

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la afiliada a la AFP y que efectuó proyección pensional. Indicó que afilió a la **DEMANDANTE** en virtud de un traslado de AFP, el cual cumplió todos los requisitos exigidos por la normativa vigente y que fue fruto de una asesoría sobres las condiciones de cada régimen y las limitaciones del RAIS, tras lo cual la afiliada tomó la decisión libre e informada de continuar en el mismo, así mismo, no es viable el retorno al RPM por la restricción por edad y en todo caso no procede la devolución de gastos de administración. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica (Pág. 3 a 26 archivo "*008.CONTESTACION Y LLAMAMIENTO SKANDIA folios 227 a 357*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado de régimen pensional, no obstante, aseguró que el traslado de AFP hacia HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.** fue libre e informado, porque fue precedido por una explicación sobre las condiciones de cada régimen pensional que permitió al afiliado comprender las consecuencias de permanecer en el RAIS y decidió asumirlas, condiciones que en todo caso están en la Ley y son de conocimiento público, en todo caso, ya trasladó los valores que recibió por la vinculación de la afiliada ya que se trasladó de fondo y no procede devolver gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 31 archivo "*009.CONTESTACION PORVENIR folios 358 a 441*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:31:40 archivo "*028. 11001310501220210008400_L110013105012CSJVirtual_01_20220809_110000_V 08_09_2022 05_59 PM UTC FL 1*").

El 09 de agosto de 2022, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación realizada por la señora CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ identificada con la cédula de ciudadanía 39685998 del Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA, hoy PROTECCIÓN el 08 de abril de 1994 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *válidamente vinculada a la señora CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ al Régimen de Prima Media con prestación definida conforme a lo decidido.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisión de rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de Ahorro Individual debidamente indexados conforme a lo aquí expuesto.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a PROTECCIÓN y a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron*

descontados a la ACCIONANTE durante el tiempo que permaneció afiliada a COLMENA, ING y a HORIZONTE, debidamente indexados como se indicó. ***QUINTO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCIÓN, SKANDIA y PORVENIR con motivo a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y una vez ingresen los dineros, actualizar su información en la historia laboral.* ***SEXTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas.* ***SÉPTIMO: CONDENAR*** *en costas de esta instancia a PROTECCIÓN, SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, a favor de la DEMANDANTE, por secretaría practíquese la liquidación de costas, e inclúyase como agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una.* ***OCTAVO:*** *En caso de lo ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor. (…)".*

La *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 Ley 100 de 1993 consagró la libertad de selección de régimen y la H. CSJ señala que las AFP deben suministrar una información completa para que el afiliado comprenda las implicaciones del cambio de régimen y la firma del formulario solo refleja el consentimiento, pero no es suficiente para acreditar el cumplimiento diligente del deber de información ni la asesoría suministrada, carga de la prueba que corresponde a las AFP y que no se cumplió en el caso, por lo cual declaró la ineficacia del traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SKANDÍA** solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración, ya que son un cobro impuesto por Ley en ambos regímenes, retribuyendo el cumplimiento de la AFP de sus deberes de custodia y buen manejo e inversión de los aportes, por ende, ordenar su devolución no solo desconoce al buena fe sino un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**, además las primas de seguros previsionales ya se canceló y no hace parte del capital de la AFP, mucho menos procede la indexación porque no hay corrección monetaria que resolver, ya que los aportes no mermaron sino por el contrario aumentaron por los excelentes rendimientos que generó el manejo dado por la AFP (01:34:30 archivo "*028.*

11001310501220210008400_L110013105012CSJVirtual_01_20220809_110000_V 08_09_2022 05_59 PM UTC FL 1").

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración, porque no hacen parte del derecho pensional y son prescriptibles, así mismo, corresponden a la retribución legal a la AFP por su buena administración, la cual generó rendimientos y devolver aquellos y al mismo tiempo los gastos desconoce la figura de las restituciones mutuas, además no hay ningún soporte legal que imponga tal restitución, ya se usó el dinero para pagar la prima de seguros previsionales y la condena causa un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**, que se agrava porque se ordenó la idnexación (01:39:27 archivo "*028. 11001310501220210008400_L110013105012CSJVirtual_01_20220809_110000_V 08_09_2022 05_59 PM UTC FL 1*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede acceder al retorno al RPM porque se desconoce la restricción de traslado por edad, no se acreditó ninguna causal de nulidad o de ineficacia y las AFP efectuaron las vinculaciones cumpliendo los requisitos exigidos por la normatividad vigente para la fecha del traslado de régimen y de AFP y hubo correspondencia entre la voluntad y la acción de la **DEMANDANTE** de siempre permanecer en el RAIS y el retorno al RPM viola el principio de sostenibilidad financiera del sistema. En todo caso, solicitó su absolución de costas, ya que **COLPENSIONES** siempre obró de buena fe y si no permitió el retorno fue porque la normatividad lo restringe (01:42:46 archivo "*028. 11001310501220210008400_L110013105012CSJVirtual_01_20220809_110000_V 08_09_2022 05_59 PM UTC FL 1*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a derecho y a la jurisprudencia. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder

a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo porque el traslado al RAIS fue libre y voluntario y las AFP suministraron la información pertinente a la afiliada sobre el alcance de permanecer en el RAIS y ella decidió continuar en el régimen de capitalización y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera del sistema. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo porque no se demostró causal de nulidad ni de ineficacia y si la hubo la saneó el paso del tiempo, la AFP cumplió el deber de información y no se pueden exigir a la AFP cargas probatorias no vigentes a la fecha del traslado, además la afiliada ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con su muchos años de vinculación al mismo, en todo caso, no procede la condena a devolver gastos de administración. Agotado el término de traslado, las apoderadas de **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** se abstuvieron de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA S.A. 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 **CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ** nació el 09 de julio de 1963 (Pág. 11 archivo "*001. DEMANDA Y ANEXOS folios 1 a 125*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 27 de junio de 1984 al 31 de diciembre de 1994, cotizando 544,43 semanas (carpeta "*006. expediente administrativo folio 165*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación de AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 08 de abril de 1994, efectivo a partir del 1º de mayo de 1994 (Pág. 36 y 52 archivo "*007.CONTESTACION PROTECCION} folios 166 a 226*"); ***iv)*** la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 30 de septiembre de 2005, efectivo a partir del 1º de noviembre de 2005 (Pág. 27 y 70 archivo "*008.CONTESTACION Y LLAMAMIENTO SKANDIA folios 227 a 357*"); ***v)*** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 10 de diciembre de 2010, efectivo a partir del 1º de febrero de 2011 (Pág. 65 a 67 archivo "*009.CONTESTACION PORVENIR folios 358 a 441*"); ***vi)*** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** se trasladó mediante formulario del 26 de julio de 2012, efectivo a partir del 1º de septiembre de 2012 (Pág. 37 y 52 archivo "*007.CONTESTACION PROTECCION} folios 166 a 226*"); ***vii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 29 de mayo de 2013, efectivo a partir del 1º de julio de 2013, AFP donde permanece vinculada y acumula 1.910 semanas (Pág. 27, 50 y 67 archivo "*008.CONTESTACION Y LLAMAMIENTO SKANDIA folios 227 a 357*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó su vinculación al RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **SKANDIA S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron recursos 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:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*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*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 de 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 acreditó porque se limitaron a aportar los formularios de afiliación, sin que la firma de éstos por el

afiliado las exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, en su interrogatorio la **DEMANDANTE** manifestó que siempre se trasladó de AFP buscando los mayores rendimientos para su ahorro pensional, sin embargo, también manifestó que la razón por la cual se trasladó del RPM al RAIS fue porque se le aseguró que el ISS iba a desaparecer y se le garantizó que con los fondos privados tendría una pensión más alta que en el ISS y a una edad menor, asegurando que hoy en día gracias a sus abogados entiende que no se le brindó toda la información necesaria para tomar al mejor decisión para su futuro pensional, por tanto, no hubo confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorada al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

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 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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 y se rechaza las suplicas elevadas en los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**

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.

Sin embargo, se 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 conforme el artículo 13 del 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.

Se revocará la condena a costas de primera instancia de **COLPENSIONES**, ya que si bien el artículo 365 CGP señala que la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas y **COLPENSIONES** ejerció una defensa activa de sus intereses por cuanto negó hechos, se opuso a pretensiones, formuló excepciones y aportó o solicitó la práctica de pruebas a su favor, no se puede dejar de lado 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 CGP. En tal sentido se modificará 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: MODIFICAR el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** ineficaz el traslado del RPM al RAIS que efectuó la demandante **CATALINA PÉREZ FERNÁNDEZ**, identificada con CC 39.685.998, a través de vinculación a AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 08 de abril de 1994, efectivo a partir del 1º de mayo de 1994, así como de los subsecuentes traslados de AFP, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que salvo el

capital ahorrado y rendimientos financieros deberán ser indexados y asumidos por **SKANDIA S.A.** con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y 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 la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dichas sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: MODIFICAR el numeral séptimo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia únicamente a las **AFP DEMANDADAS** y deberán ser tasadas por la *a quo*.

QUINTO: 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.

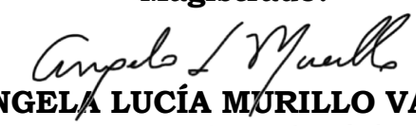
SEXTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en segunda instancia.

OCTAVO: 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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CATALINA PEREZ FERNANDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2021 00084 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.15-2019-00355-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 presentado por la apoderada de la demandante **LUZ MARINA ORTEGA GONZÁLEZ** contra la sentencia del 11 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y condenó a la parte demandante en costas procesales equivalentes a 1 SMLMV para cada una de ellas *(min. 01:09:30, archivo "43.1Audiencia").*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

LUZ MARINA ORTEGA GONZALEZ presentó demanda ordinaria laboral contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **HOSPITAL REGIONAL DEL LÍBANO TOLIMA** con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo, se condene a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias

en derecho, subsidiariamente se condene al Hospital Regional del Líbano Tolima a pagar los aportes adeudados por la cotización especial de alto riesgo de manera directa.

Como fundamento factico indicó que trabajó desde el 19 de julio de 1979 en el Hospital Regional del Líbano Tolima en el cargo de auxiliar de rayos X; que Colpensiones le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No.220452 del 04 de agosto de 2013 y que la misma fue liquidada sin tener en cuenta que desempeñaba un cargo de alto riesgo, que presentó recurso de reposición y en subsidio deapelación contra el citado acto administrativo, recursos resueltos por Colpensiones de manera desfavorable mediante resoluciones GNR276021 de fecha 04 de agosto de 2014 y VPB 70696 de fecha 17 de noviembre de 2015, donde se confirmó en todas y cada de sus partesla resolución No. 220452 de fecha 04 de agosto de 2013; refiere que cotizó 1.239 semanas en actividades de alto riesgo y presentó reclamación administrativa la Hospital Regional del Líbano Tolima el 06 de diciembre de 2016, donde le informaron que no se habían efectuado pagos con el aporte adicional (*Pág. 1 a 7, archivo "003Demanda"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. De los hechos manifestó no constarle ninguno. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica *(Pág. 1 a 12, archivo "008ContestacionDeDemanda").*

El **HOSPITAL REGIONAL DEL LÍBANO TOLIMA** en su escrito de contestación indicó no oponerse a las pretensiones por cuanto no eran claras en su petitum, de los hechos aceptó la vinculación laboral de la demandante, el reconocimiento pensional, la reclamación administrativa y la respuesta otorgada. En su defensa, propuso las

excepciones que denominó existencia parcial de la obligación que depreca la accionante y buena fe *(Pág. 1 a 6, archivo "014ContestacionDeDemanda").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:09:30, archivo "43.1Audiencia").

El 11 de octubre de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y HOSPITAL REGIONAL DE LÍBANO TOLIMA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y prescripción propuestas por las demandadas conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte actora, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 1 SMLMV para cada una de las partes codemandadas. **TERCERO:** si la presente providencia no fuere impugnada, dada la decisión desfavorable para la señora demandante, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta."*

El Juzgado fijó como problema jurídico establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento de una pensión por actividades de alto riesgo y subsidiariamente el pago de los aportes por actividades de alto riesgo.

Para resolver, indicó que el Decreto 1281 de 1994 le era aplicable a la demandante por cuanto a la entrada en vigor del Decreto 2090 de 2003 contaba con más de 500 semanas de cotización, además laboró expuesta a radiaciones ionizantes desde el 19 de julio de 1979 al 21 de julio de 2003 y que el Hospital no hizo ninguna cotización especial. Que Colpensiones mediante Resolución 220452 del 30 de agosto de 2013 le reconoció a la demandante pensión de jubilación a partir del 21 de febrero de 2012, aceptando y reconociendo su condición de beneficiaria del régimen de transición, estudiando la prestación económica bajo 3 normatividades, Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985 y

Ley 71 de 1988, y por favorabilidad se la reconoció bajo las preceptivas de la Ley 71 de 1988.

Señaló que frente al reconocimiento solicitado de la pensión especial por actividades de alto riesgo, la demandante acredita un total de 1.259 semanas, de las cuales 1.234 corresponden a actividades de alto riesgo, por lo que al aplicar el artículo 3° del Decreto 1281 de 1994 la demandante cuenta con 234 adicionales a las 1.000 semanas y, por ende, reduce el requisito de edad 3 años, cumpliendo el status de la pensión especial el 21 de febrero de 2009, teniendo derecho a que se le reconozca la prestación desde esa fecha. Sin embargo, que conforme con los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST las mesadas pensionales causadas entre el año 2009 al 2012 prescribieron, pues el recurso de reposición fue resuelto el 04 de agosto de 2014 y la apelación el 17 de noviembre del año 2015, notificada el 24 de noviembre siguiente, teniendo hasta el 24 de noviembre de 2018 para demandar, y la acción fue presentada solo hasta el 27 de mayo de 2019.

Finalmente, indicó que no es viable mejorar la mesada pensional de la demandante por cuanto la prestación que le reconoció Colpensiones resulta superior al ofrecer una tasa de remplazo del 75% en lugar de la tasa de remplazo de la Ley 100 de 1993 que sería el 64.73% conforme el Decreto 1281 de 1994, y frente a la pretensiónsubsidiaria que la misma resulta improcedente conforme los artículos
15 y SS de la Ley 100 de 1993, y tampoco procede la condena al Hospital demandado para el pago de aportes adicionales por cuanto en nada mejora el valor de la pensión ni la tasa de remplazo de la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia solicitando se revoque en su totalidad y se acceda a las pretensiones de la demanda. Para sustentar, indicó que la demandante no dejó prescribir el término de

reclamación por cuanto el 14 de junio de 2017 solicitó ante la Procuraduría conciliación extrajudicial que le correspondió a la Procuraduría 201, por lo que la prescripción estaría interrumpida a esa fecha, y más si se tiene en cuenta que después fue radicada una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicita que en la segunda instancia se oficie COLPENSIONES para que allegue la documental en debida forma y se permita comprobar que la demandante no dejó prescribir el término *(min. 01:16:00, archivo "43.1Audiencia").*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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 presentado por la parte demandante.

Frente a la solicitud de prueba presentada por la apoderada de LUZ MARINA ORTEGA GONZALEZ, la misma es improcedente conforme al inciso primero del artículo 83 del CPTSS.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las mesadas pensionales causadas entre el 21 de febrero de 2009 y el 20 de febrero de 2012 como consecuencia de la pensión especial por actividades de alto riesgo se encuentran prescritas 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)*** LUZ MARINA ORTEGA GONZALEZ nació el 21 de febrero de 1957 *(pág. 29, archivo "003Demanda.pdf"); **ii)*** COLPENSIONES mediante Resolución GNR 220452 del 30 de agosto de 2013 reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 21 de febrero de 2012 en cuantía de $656.358 bajo los presupuestos de la Ley 71 de 1988 *(pág. 1 a 5, archivo "GRF-AAT-RP-2013_6841813-1380124477565" carpeta "4.1Anexo" expediente administrativo); **iii)*** LUZ MARINA ORTEGA GONZALEZ interpuso recurso de reposición en subsidio apelación mediante radicado 2013_7182381 del 07 de octubre de 2013, solicitando la reliquidación de la pensión por actividades de alto riesgo *(pág. 1 y 2 archivo "GRP-FSP-AF-2013_7182381-20140517164301.pdf" carpeta "4.1Anexo" expediente administrativo"); **iv)*** COLPENSIONES mediante Resolución GNR 276021 del 04 de agosto de 2014 resolvió el recurso de reposición *(pág. 10 a 13, archivo "003Demanda"),* y a través de la Resolución VPB 70696 del 17 de noviembre de 2015 resolvió el recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución No. 220452 del 30 de agosto de 2013, acto administrativo notificado a la demandante el 24 de noviembre de 2015 *(Pág. 14 a 21 archivo 003Demanda.pdf); **v)*** LUZ MARINA ORTEGA GONZALEZ laboró para el HOSPITAL REGIONAL DEL LÍBANO TOLIMA desde el 19 de julio de 1979 al 21 de julio de 2003 desempeñando el cargo de auxiliar en salud con funciones en el área de rayos X *(Pág. 25 archivo "003Demanda.pdf"); **vi)*** la demandante mediante escrito del 15 de diciembre de 2016 le solicitó al HOSPITAL REGIONAL DEL LÍBANO TOLIMA certificación del grado de riesgo que fue aportado a su nombre y en caso de que no se hayan efectuado, se procediera a pagar los mismos *(pág. 27, archivo "003Demanda"); **vii)*** el HOSPITAL REGIONAL DEL LÍBANO TOLIMA mediante oficio de fecha 19 de enero de 2017 dio respuesta a la petición informando que no habían realizado los aportes de cotización especial por actividades de alto riesgo *(pág. 26 archivo "003Demanda.pdf"); **x)*** LUZ MARINA ORTEGA GONZALEZ el 27 de abril de 2017 convocó a las demandadas a conciliación extrajudicial ante la

Procuraduría 201 Judicial I para asuntos administrativos de Ibagué, mediante acta de fecha 15 de junio de 2017 declaró fracasada la conciliación *(pág. 34 a 35, archivo "003Demanda").*

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante 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 6° del Decreto 2090 de 2003, establece que quienes a la entrada en vigencia de esta norma hubieren cotizado un mínimo de 500 semanas de cotización especial tendrán derecho a que se les aplique la norma anterior.

El artículo 1 del decreto 1281 de 1994 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; Trabajos que impliquen prestar el servicio a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud ocupacional; Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, y Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígena"*

Los artículos 3 y 4 del mismo Decreto señalan que para acceder a la pensión especial de vejez se requiere un mínimo de 1000 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.

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 (SL1287 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 negativasde 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.

- **De la prescripción de las mesadas pensionales**

Para resolver este aspecto de la controversia, 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 tres años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez, como en el caso bajo estudio, 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 empleador sobre el derecho o prestación que reclama.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio no se encuentra en discusión que la demandante cumple a cabalidad los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por haberse desempeñado como auxiliar de rayos x desde el 19 de julio de 1979 al 21 de julio de 2003, tampocoes objeto de controversia que la demandante acredita como fecha de status de la pensión especial de vejez el día 21 de febrero de 2009, conforme lo determinó el Juez de primera instancia, siendo únicamente objeto de estudio para la Sala determinar si se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas entre el 21 de febrero de 2009 al 20 de febrero de 2012.

Al respecto, COLPENSIONES mediante Resolución GNR 220452 del 30 de agosto de 2013, reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 21 de febrero de 2012 en cuantía de $656.358 *(pág. 1 a 5, archivo "GRF-AAT-RP-2013_6841813-1380124477565" carpeta "4.1Anexo" expediente administrativo)* y contra la misma la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación *(pág. 1 y 2 archivo "GRP-FSP-AF-2013_7182381-20140517164301" carpeta "4.1Anexo" expediente administrativo)"*, los cuales fueron resueltos de manera definitiva con la Resolución VPB 70696 del 17 de noviembre de 2015, notificada el 24 de noviembre de siguiente *(pág. 14, archivo "003Demanda")*, actuación con la cual se agotó la vía administrativa.

De lo expuesto, se tiene que la demandante al haber presentado recurso de reposición y en subsidio apelación interrumpió el fenómeno prescriptivo respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 21

de febrero de 2009 al 21 de febrero de 2012, razón por la cual contaba con tres años para presentar demanda ordinaria laboral a partir del 24de noviembre de 2015, fecha de notificación de la Resolución VPB 70696del 17 de noviembre de 2015. Al revisar el expediente digital encuentrala Sala que esta acción fue radicada en reparto el 27 de mayo de 2019 *(archivo "005ActaDeReparto"),* es decir después de los 3 años que establecela norma sustantiva y procesal, motivo por el cual al haberse presentado más allá del término previsto, resulta prescrito el retroactivo que pudiera generarse con ocasión de la prestación por vejez por actividades de alto riesgo prevista en el Decreto 1281 de 1994, siendo acertada la decisión adoptada por el *a quo*.

No le asiste razón a la parte demandante al señalar que las mesadas pensionales no prescribieron al presentar solicitud de conciliación extrajudicial el 14 de junio de 2017, lo anterior por cuanto la prescripción solo puede ser interrumpida por una sola vez conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En gracia de discusión, si se tuviera como interrumpida la prescripción con la solicitud de conciliación presentada en fecha 27 de abril de 2017 *(Pág. 34 a 35 archivo "003Demanda.pdf")*, ello solo salvaría las mesadas pensionalesdesde el 28 de abril de 2014 en adelante y no las mesadas pensionales objeto de reclamación, causadas entre el 21 de febrero de 2009 y el 20de febrero de 2012. Tampoco procede la interrupción de la prescripción con la sola presentación de la demanda en el Juzgado Segundo Administrativo de Ibagué en el año 2017, después conocida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, en la medida en que dicha acción fue rechazada por falta de subsanación, como se advirtióen providencia del 22 de enero de 2018 (*archivo "045SolicitudDePronunciamientoDeLasPartes*").

Por lo anterior, se confirmará la sentencia 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,

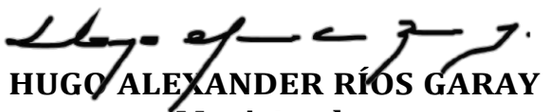
RESUELVE

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

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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.15-2021-00505-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 la apoderada de la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 1° de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuada por el demandante JUAN FERNANDO FRANCO BERON al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN, ordenó a esa AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES a recibir los recursos y a reactivar la afiliación (*min. 01:13:25, archivo "17Audiencia01Julio2022Ord202100505*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JUAN FERNANDO FRANCO BERON presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad del traslado del régimen pensional que hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al RAIS, se ordene a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales, se ordene a COLPENSIONES a recibirlo en esa administradora sin solución de continuidad, se reconozca la pensión de vejez, mesadas pensionales, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 16 de febrero de 1955, se afilió al ISS el 18 de abril de 1978 y se trasladó del Régimen de Prima media con Prestación Definida- RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A.; que la referida afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del AFP y se caracterizó por la indebida y nula información que suministró la AFP; que previo al traslado, cotizó en el RPM 720.57 semanas y, posteriormente, en el RAIS cotizó un total de 795 semanas; que PROTECCIÓN no le informó antes del 16 de febrero de 2007, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; y que el 24 de junio y 1° de julio de 2021 solicitó a las demandadas el traslado de régimen pensional *(pág. 1 a 11, archivo "01EscritoDemanda").*

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el RPM y la presentación de la solicitud del traslado, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 1 a 8, archivo "08EscritoContestacion Colpensiones*").

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, las semanas cotizadas en el RAIS y la presentación de la solicitud del traslado, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. 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, y la innominada o genérica *(pág. 1 a 24, archivo "11EscritoContestacionDemandaProteccionSA").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:13:25, archivo "17Audiencia01Julio2022Ord202100505")

El 1° de julio de 2022, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación o traslado efectuado por el demandante JUAN FERNANDO FRANCO BERON el día 26 de febrero del año 1999 del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP COLMENA hoy representado por PROTECCIÓN y, como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PROTECCIÓN trasladar las sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta a que reciba los recursos, reactive la afiliación del señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, sumándolos a las 720.57 semanas que tiene acreditadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO:** No condenar en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva. **TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, se remitirán las diligencias al*

Superior para efecto de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta."

El Juzgado como problema jurídico estableció si había lugar a declarar la nulidad de la afiliación y del traslado efectuando por el demandante del RPM al RAIS y, en consecuencia, si PROTECCIÓN debe devolver o trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, bonos pensionales a COLPENSIONES, para que los reciba y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS.

Para resolver, el Juez indicó que teniendo en cuenta los presupuestos legales y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, no se cumplió la carga de la prueba por parte de PROTECCIÓN de acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la única prueba que aportó es el formulario de afiliación, la cual es insuficiente para acreditar este requisito, entonces no se le indicó al demandante las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, no se informó la posibilidad del derecho de retracto ni aspectos adicionales para acreditar el consentimiento informado, por lo que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado del RPM al RPM, siendo obligación de PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y COLPENSIONES a acreditar estos recursos como semanas cotizadas, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional.

Frente a los gastos de administración señaló que la posición del despacho es no trasladar estos recursos con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que faculta a los fondos de pensiones a descontar estos valores, lo mismo ocurre con los dineros de las pólizas de seguros, sumas que fueron trasladas a aseguradoras, terceros de buena fe, para proteger al demandante de los riesgos de invalidez y muerte, por lo que tampoco es viable las devoluciones de estos recursos.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES presentó recurso de apelación parcial en relación con el no traslado de la totalidad de la cotización. Afirmó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, por lo que en caso de los afiliados el fondo de pensiones debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, porque desde el nacimiento del acto ineficaz estos dineros debieron ingresar al RPM, por lo que en este caso el restablecimiento debe ser pleno y completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, devolución de bonos pensionales, porcentaje destinado a seguros previsionales y gastos de administración, por lo que solicita se revoque la sentencia en este sentido (*min. 01:15:13, archivo "17Audiencia01Julio2022Ord202100505*").

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 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 solicitó revocar el fallo. Sin embargo, los argumentos expuestos son diametralmente opuestos a los esgrimidos en el recurso de apelación, por lo que al no ser invocados en sede de primera instancia se escapan del análisis que debe realizar la Sala, en virtud del principio de consonancia.

Las demás partes, no presentaron escrito de intervención.

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en el recurso 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 **JUAN FERNANDO FRANCO BERON** nació el 16 de febrero de 1955 (pág. 14, archivo "archivo "01EscritoDemanda").; **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 18 de abril de 1978 (historia laboral, carpeta " 09AnexoCorreo20211215ExpAdministrativoCC-16585966"); **iii)** y el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 26 de febrero de 1999, efectivo desde el 1° de abril de 1999, donde

sigue vinculado (*Pág. 63 y 65 archivo "11EscritoContestacionDemandaProteccionSA*").

En la sentencia de primera instancia, se declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, se ordenó trasladar al RPM las sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación.

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

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

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

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*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*
Deber de información,	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los*

asesoría y buen consejo		*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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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, y no fue objeto de recurso, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **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 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 PROTECCIÓN** no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Se reitera que 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 el demandante siempre estuvo afiliado al RPM.

Ahora, 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, sin descuento alguno, 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 dispuso la devolución de la totalidad

de los valores referidos en precedencia, al argumentar que no eran procedentes, contrario a lo indicado por el órgano de cierre, resulta válido el argumento expuesto por COLPENSIONES en el recurso, motivo por el cual se modificará la sentencia en este aspecto.

Respecto el grado jurisdiccional de consulta, la Sala modificará la decisión de primera instancia por cuanto 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.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir los valores antes referidos, validarlos como semanas cotizadas y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, 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 **DEMANDADA**, 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.

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 efectuado por el demandante JUAN FERNANDO FRANCO BERON el día 26 de febrero de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP 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, por el 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. Igualmente, se ordena a COLPENSIONES a recibir los recursos, reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, sumándolos a las 720.57 semanas que tiene acreditadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva", 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: 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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN FERNANDO FRANCO BERON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00505 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.17-2019-00240-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandante **NICOLETTA MARIA NOVAK** contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaro la existencia de una relación laboral entre la demandante y el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** entre el 14 de agosto de 1995 y el 29 de noviembre de 2007, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora (*Min. 23:58 archivo "AUD. ORD. 11001310501720190024000 ART. 80 CPTSS_20211011_141221" carpeta "VIDEO AUD. 11-10-2021 SENTENCIA*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

NICOLETTA MARIA NOVAK solicitó la declaratoria de vinculación laboral con el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** del 14 de agosto de 1995 hasta 29 de noviembre de 2007; que se condene a dicho HOSPITAL al pago de los aportes pensionales por ese periodo, a

COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial y a actualizar la historia laboral, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró para el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** desde el 14 de agosto de 1995 al 29 de noviembre de 2007, donde fue afiliada al ISS a partir del 14 de agosto de 1995, la cual fue reportada con cédula de ciudadanía y no con su cédula de extranjería; que en la historia laboral expedida por **COLPENSIONES** no figuran los aportes pensionales de agosto de 1995 a noviembre de 1999, por lo que solicitó a dicho fondo de pensiones la corrección de la historia laboral y como respuesta se le informó que aparecen cancelados los ciclos 1995-08 a 1996-02, 1998-01 a 1999-02, 1994-04 a 1999-07 y 1999-09 y 1999-10, pero que como no se aportó formulario de afiliación no pueden incluirse esos tiempos (*pág. 6 a 9, archivo "2019-240*").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con el no reporte de semanas en la historia laboral por el periodo reclamado, la petición presentada por la demandante y su respuesta, frente a los demás señaló no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica (*pág. 70 a 77, archivo "2019-240*").

El **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la afiliación realizada con cédula de ciudadanía y el no reporte de semanas en la historia laboral por el periodo reclamado, frente a los demás señaló no constarle. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, falta de causa, pago, buena fe y la genérica (*pág. 85 a 88, archivo "2019-240*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 23:58 archivo "AUD. ORD. 11001310501720190024000 ART. 80 CPTSS_20211011_141221" carpeta "VIDEO AUD. 11-10-2021 SENTENCIA")

El 11 de octubre de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *la existencia de una relación laboral entre la señora NICOLETTA MARÍA NOVAK identificada con la C.E. 202.402, y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, entre el 14 de agosto de 1995 y el 29 de noviembre de 2007.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y HOSPITAL MILITAR CENTRAL, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora NICOLETTA MARÍA NOVAK, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.* ***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la demandante, en firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho por valor de $200.000 a favor de cada una de las demandadas.* ***QUINTO:*** *Se ordena la consulta en favor de la demandante en las condiciones ya señaladas. (…)".*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar la existencia de la relación laboral de la demandante con el Hospital Militar Central y la validación de la afiliación con COLPENSIONES, atendiendo que la parte demandante aceptó la existencia del pago de los aportes.

Para resolver indicó que no había duda de la existencia de la relación laboral entre la demandante y el Hospital desde el 14 de agosto de 1995 hasta el 29 de noviembre de 2007, pues fue un hecho aceptado desde la contestación y se acredita con la certificación laboral expedida por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa, Unidad de Talento Humano del Ministerio de Defensa, donde se hizo constar lo relacionado con la prestación del servicio.

Respecto de la validez de la afiliación indicó que la demandante se afilió al ISS desde julio de 1994 y con posterioridad manifestó a su exempleador el 22 de octubre de 1999, la decisión de trasladarse de régimen pensional a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., y solicitó que los aportes debían realizarse a ese fondo

pensional, traslado que se materializó desde el 1° de diciembre de 1999, por lo que concluyó que lo pretendido por la parte demandante es que se declare que el traslado nunca se materializó o nunca acaeció, de acuerdo con la solicitud de actualizar la historia laboral y por tanto reactivar la afiliación en COLPENSIONES; pero que al no señalar con fundamento en que formulaba su aspiración, para declarar la nulidad del traslado, sin haber expuesto en debida forma los fundamentos de hecho y las razones de su pretensión pedir o reclamar que se declare la validez de su afiliación a COLPENSIONES, pues de manera concreta debió invocar otra figura jurídica para dejar sin efecto el traslado al RAIS, pretensión que en este proceso no fue ventilada, concluyó que se debía absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, condenando en costas en la suma de $200.000 a favor de cada una de las demandadas..

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación y para sustentar indicó que en este proceso se solicitó la declaratoria de existencia del contrato de trabajo con el Hospital Militar entre el año 1995 al año 1999, pero nunca se pretendió la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional teniendo en cuenta que ya cursa un proceso por ese objeto ante otro despacho, por lo cual sería temerario actuar en tal sentido; que el objeto principal de este proceso era demostrar que la demandante estuvo vinculada laboralmente con el Hospital Militar y validar los aportes pensionales por ese periodo, los cuales figuran en la historia laboral conforme con los documentos aportados por Colpensiones en la contestación, por lo que esta prueba compaginada con los comprobantes de pago y la declaración del despacho les da la razón plenamente de las pretensiones de la demanda, donde se solicitaba actualizar la información de la demandante en la historia laboral con la cedula de extranjería, por lo que solicita se concedan las pretensiones de la demanda, se ordene tener por vinculada laboralmente a la

demandante producto de una relación laboral válida y oportunamente reportada a COLPENSIONES, tanto la novedad de ingreso como la novedad de retiro, para que estos aportes sean integrados en su historia laboral de la demandante con su cedula de extranjería (*min. 25:34, archivo "AUD. ORD. 11001310501720190024000 ART. 80 CPTSS_20211011_141221" carpeta "VIDEO AUD. 11-10-2021 SENTENCIA").*

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 reiterando los argumentos expuestos en el recurso y para el efecto allegó copias de las sentencias de primera y segunda instancia del proceso ordinario No.21-2019-00456-00 donde se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por NICOLETTA MARIA NOVAK al RAIS y se ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

Por su parte, el apoderado del HOSPITAL MILITAR CENTRAL solicitó 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 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

No obstante, es necesario aclarar que inicialmente la Sala tenía prevista la declaratoria de la nulidad de la sentencia de primera instancia ante la necesidad de integrar como litis consorcio necesario al fondo de pensiones donde estaba afiliada la demandante al momento de radicar la presente acción (PORVENIR), por ser la encargada de realizar las actualizaciones correspondientes en la historia laboral. Sin

embargo, con los documentos allegados por dicha parte, en la etapa de alegatos de conclusión, se tiene plena certeza de que con las sentencias proferidas en el proceso ordinario No.21-2019-00456-00, que se encuentran en firme según registros del sistema de gestión judicial "Justicia XXI", consultados en la página web de la Rama Judicial, actualmente la demandante es afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por lo que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, la entidad encargada de su cumplimiento es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por resolver consiste en determinar si hay lugar a condenar a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante, conforme lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** **NICOLETTA MARIA NOVAK** laboró para el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** desde el 14 de agosto de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2007 (*pág. 16 a 17, archivo "2019-240*").; ***ii)*** y fue afiliada al ISS desde el 27 de octubre de 1994, trasladándose al RAIS a partir de diciembre de 1999 (*pág. 19 y 20, archivo "2019-240").*

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la obligación del pago de aportes pensionales y la actualización de la historia laboral.**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que durante la vigencia de la relación laboral deberá efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y los empleadores con base en el salario que aquellos

devenguen. El artículo 22 *ibídem* establece que empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, incluso debiendo asumir la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Al respecto, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la obligación de afiliar y cotizar a la seguridad social en el caso de los trabajadores dependientes, surge precisamente de la existencia de esa relación subordinada, y opera mientras ella dure (SL361-2018) y es al empleador, posterior a la afiliación, a quien le corresponde realizar el pago pronto y pleno a la administradora pensional, de las sumas correspondientes y, de éste no hacerlo en los términos legales, a la entidad del sistema de pensiones le compete procurar la satisfacción de esas aportaciones, a través de las correspondientes acciones de cobro, pues es su responsabilidad garantizar la efectividad de los derechos de sus afiliados (SL1363-2018, SL4539-2018 SL1363-2018, CSJ SL3550-2018, SL2227-2020, entre otras).

La misma Corporación ha señalado que las administradoras de pensiones tienen la obligación de custodiar las historias laborales de los afiliados y deben tener especial cuidado en la información que certifican al emitir estos documentos por intermedio de sus plataformas digitales o físicas, lo que exige una obligación de custodia, conservación y guarda de la información, garantizando contenido confiable, manejo transparente y dando explicaciones razonables frente a cualquier cambio en los archivos o bases de datos (SL5170-2019, CSJ SL51722020 y SL1116- 2022, entre otras).

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio no existe duda que **NICOLETTA MARIA NOVAK** prestó servicios como servidora pública a favor del **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** desde el 14 de agosto de 1995 hasta el 29 de noviembre de 2007, aspecto sobre el cual quedó zanjada cualquier

controversia al existir aceptación en la contestación presentada por aquella demandada y se corrobora con los documentos aportados por la parte demandante. Por lo tanto, le correspondía al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** acreditar el pago de los aportes pensionales por los periodos laborados, en especial, por aquellos que son objeto de reclamación, 14 de agosto de 1995 a 30 de noviembre de 1999.

Sobre el particular, el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** allegó comprobantes de pago de aportes pensionales a nombre de la demandante (*pág. 110 a 170, archivo "2019-240*"), que dan cuenta del cumplimiento de su obligación patronal, aspecto que se corrobora con lo informado en el oficio de fecha 1° de febrero de 2019, donde se señala que unos fueron cancelados directamente por el HOSPITAL y otros por la Dirección General de Sanidad Militar (*pág. 52 y 53, archivo "2019-240*"), pero con cédula de ciudadanía colombiana y no con cédula de extranjería, sin que las semanas cotizadas aparezcan reflejadas en la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 13 de febrero de 2019, según consta en el expediente administrativo.

Sin embargo, con la contestación de la demanda, COLPENSIONES allegó otra historia laboral con fecha de expedición del 13 de junio de 2019 (pag. 78 y 79, *archivo "2019-240")* donde se relacionan el detalle de pagos a partir de 1995, en los cuales aparecen cancelados oportunamente los reclamados en este proceso, desde agosto de 1995 a noviembre de 1999, motivo por el cual el HOSPITAL demandado cumplió con su obligación.

Ahora, en la referida historia laboral se advierte que el número de documento digitado (202.402) presenta una inconsistencia en la afiliación y por tanto no le tienen en cuenta semanas cotizadas a la demandante con la observación "*No Vinculado por Afiliación*", inconsistencia que no se presenta porque para la Sala no hay duda que los periodos allí reflejados corresponden a la demandante **NICOLETTA MARIA NOVAK**, identificada con cédula de extranjería No.202.402, por lo que le asiste razón a la parte recurrente y, en tal, sentido, se revocarán los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se condenará a COLPENSIONES a validar como semanas cotizadas el periodo laborado

y pagado entre agosto de 1995 a noviembre de 1999 y a actualizar la historia laboral, absolviendo al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** de las pretensiones invocadas en su contra.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, en las sentencias SL 738 de 2018, SL 738 de 2018 SL2340 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos referidos al pago de aportes pensionales y, por ende, en la actualización de la historia laboral, por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como lo es la seguridad social y por cuanto los aportes formarán el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión de vejez, en consecuencia, se declara no probada. Frente a las demás excepciones también correrán la misma suerte al prosperar la pretensión de la demandante.

Sin costas en las 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 los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a validar como semanas cotizadas el periodo laborado por **NICOLETTA MARIA NOVAK**, identificada con cédula de extranjería No.202.402, al servicio del

HOSPITAL MILITAR CENTRAL, y debidamente pagados, entre agosto de 1995 a noviembre de 1999, y a actualizar su historia laboral, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES.**

CUARTO: ABSOLVER al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** de las pretensiones invocadas en su contra, conforme lo expuesto.

QUINTO: SIN COSTAS en las instancias.

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.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19-2019-00331-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 04 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante MARIA DEL PILAR FERNÁNDEZ SANTAMARIA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por **PORVENIR S.A**., declaró a la demandante válidamente vinculada al RPM, ordenó a **OLD MUTUAL** trasladar a COLPENSIONES todas cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración debidamente indexados, declaró no probadas las excepciones y no impuso costas (*min. 51:14, carpeta segunda instancia, archivo "10Audiencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

MARIA DEL PILAR FERNANDEZ SANTAMARIA presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. - SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.,** con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional que hizo al RAIS, se ordene reactivar la afiliación en el RPM, se condene a las AFP a devolver a COLPENSIONES todas los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, laboral, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 13 de septiembre de 1961, se afilió al ISS a partir del 28 de octubre de 1983, se trasladó al RAIS a través de PORVENIR el 1° de agosto de 2003, realizando traslado horizontal dentro del mismo régimen pensional a OLD MUTUAL en febrero de 2011, donde se encuentra afiliada actualmente; que las AFP omitieron el deber de información pues nunca le informaron que su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPM, no le realizaron proyección alguna, nunca le expusieron las consecuencias adversas que podía representar el traslado, solo le informaron los beneficios del RAIS pero no sus desventajas; que en febrero de 2019 solicitó a OLD MUTUAL una proyección de su mesada pensional y le indicaron que correspondería a un mínimo legal; y que el 02 de abril de 2019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual le fue negada *"pág. 5 a 19, archivo "1. PROCESO 2019-331"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó los hechos relativos a la demandante, su vinculación al RPM, la vinculación a ese fondo de pensiones, la información dada por los asesores y la proyección pensional, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica *"pág. 84 a 95, archivo "1. PROCESO 2019-331"*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó el relacionado con la edad de la 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 de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (*pág. 160 a 193, archivo "1. PROCESO 2019-331"*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, las semanas cotizadas en el RPM, la petición presentada y su 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 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 a 44, carpeta "3. CD. FL. 175", archivo "11001310501920190033100 CONTESTACIÓN (1)"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 51:14, carpeta segunda instancia, archivo "10Audiencia").

El 04 de febrero de 2022, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora MARIA DEL PILAR FERNANDEZ SANTAMARIA, identificada con C.C. No.51.617.960 de Bogotá, del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. realizado el día 03 de julio de 2003 y posteriormente a AFP OLD MUTUAL S.A., conforme a lo juzgado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la demandante MARIA DEL PILAR FERNANDEZ SANTAMARIA, identificada con C.C. No.51.617.960, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES desde el 28 de octubre de 1983 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y siempre ha*

permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., de NIT 800.148.514-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA DEL PILAR FERNANDEZ SANTAMARIA como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, debidamente indexadas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.* ***QUINTO:*** *Sin costas en esta instancia.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, se ordena remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta, por ser adversa a COLPENSIONES las pretensiones."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si es nulo o ineficaz el traslado de régimen pensional efectuada por la demandante del RPM al RAIS a Porvenir y luego a Skandia, y como consecuencia si es viable su traslado, con los valores consignados en su cuenta individual, bonos pensionales, aportes y rendimientos, costas y agencias en derecho.

Para resolver, la Juez indicó que conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, le correspondía al fondo inicial donde se trasladó la demandante la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de información y buen consejo, por lo que al revisar el expediente encontró que PORVENIR no allegó prueba sobre la información que le dio a la demandante sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, ofrecimiento y condiciones que se le dieron al momento del traslado y el cuadro comparativo de las pensiones en ambos regímenes pensionales, por lo que dedujo que no cumplieron con el deber legal de entregar una información veraz de la situación que tendría la accionante de escoger y seleccionar el régimen que más le convendría, no siendo suficiente el formulario de afiliación, por lo que no le era permitido al fondo de pensiones realizar el cambio de régimen pensional, por lo que declaró la ineficacia de dicho traslado y a COLPENSIONES como la aseguradora de la demandante, ordenando a la AFP SKANDIA a devolver la totalidad de los aportes, rendimientos financieros, intereses, comisiones, sin descontar gastos de

administración con destino a COLPENSIONES, sumas que debe ser indexadas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que el despacho pasó por alto que para agosto de 2003 la normatividad aplicable para el momento, Ley 100 de 1993, decía que esa aceptación espontanea., libre, expresa e informada de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud, y hasta el año 2016 no se exigía nada diferente a ese documento, por tanto imponer cargas adicionales a las AFP constituye una situación de carácter imposible y desvirtúa el principio de confianza legítima; que se hace una interpretación irracional del artículo 1604 del CC, al obligarse a que toda la carga probatoria recaiga en la AFP, sin que exista el menor esfuerzo procesal de la parte demandante; que ese juzgamiento a las AFP con base en normas inexistentes no tiene justificación y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien sin haber participado en ese trámite debe asumir una posible carga prestacional de la demandante, porque la entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada por ese acto jurídico, más aun cuando se afecta la sostenibilidad financiera del sistema: y que no es dable alegar la ignorancia de la ley para atribuir a la AFP el haber omitido información al momento del traslado (m*in. 54:42, carpeta segunda instancia, archivo "10Audiencia*").

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 el poder a la doctora Maria Claudia Tobito Montero, identificada con CC 1.020.786.735 y TP 300.432 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y quien solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia absolver a su representada, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

El doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con CC 1.070.018.966 y T.P. 373.906 del C.S.J., allegó certificado de existencia y representación legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien ejerce la representación judicial de PORVENIR S.A., donde aparece como abogado inscrito de dicha firma, por lo que se le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia en representación de PORVENIR S.A., quien en el escrito de alegatos, y a pesar de no haber presentado recurso alguno, solicitó revocar parcialmente la sentencia al considerar que no se configuran los presupuestos de la nulidad del traslado de régimen pensional; que en caso de confirmarse el fallo, ruega se mantenga su absolución. Y si se llega a impartir condena en su contra, solicita se autorice descontar de los gastos de administración las restituciones mutuas.

Y finalmente, la parte demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado

en el recurso 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 la demandante **MARIA DEL PILAR FERNÁNDEZ SANTAMARIA**: ***i)*** nació el 13 de septiembre de 1961 (*pág. 20, archivo "1. PROCESO 2019-331"*); ***ii)*** se afilió al ISS a partir del 28 de febrero de 1983 (*pág. 47, archivo "1. PROCESO 2019-331"*); ***iii)*** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 03 de julio de 2003, efectivo desde el 1° de septiembre de 2003 (*pág. 194 y 204, archivo "archivo "1. PROCESO 2019-331"*); ***iv)*** y realizó traslado horizontal en el RAIS a **SKANDIA** el 17 de enero de 2011 (*pág. 96, archivo "1. PROCESO 2019-331"*) donde sigue vinculada.

En la sentencia de primera instancia se declaró ineficaz el traslado al RAIS, se ordenó a SKANDIA trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación.

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

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

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

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993*	*Ilustración de las características, condiciones,*

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible a la **DEMANDANTE** sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó ya que solo 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.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que los asesores de **PORVENIR** se limitaron a indicarle que en dicho fondo iba a tener una mayor rentabilidad, se podía pensionar antes que en ISS hoy COLPENSIONES 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 el recurso 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 la **DEMANDADA** 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, realizar traslados horizontales en ese régimen de pensiones, 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, se reitera que 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. 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. Además, se adicionará la sentencia por cuanto la ineficacia conlleva a que **PORVENIR** devuelva los conceptos referidos al RPM, valores que deberán ser indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

También se adicionara la sentencia en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, actualizar la historia laboral y a reactivar su afiliación al RPM 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 la **DEMANDADA**, 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.

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

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibieron por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo 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, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos por **SKANDIA** con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibieron por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo 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, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva.

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.

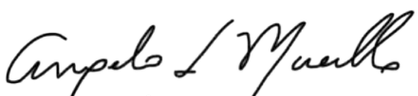
QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta 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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIA DEL PILAR FERNANDEZ SANTAMARÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00331 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 19-2019-00807-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 26 de julio de 2022 del Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó la vinculación en el RPM, absolvió de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (carpeta "*6. CD. FL. 127*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 11 a 22 archivo "*1. PROCESO 2019-807*").**

NYDIA MILENA GARZÓN SAZA solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, ordenar el traslado de su saldo de su CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultras y extra petita.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 29 de septiembre de 1962; que se afilió al ISS y cotizó 332 semanas, que el 31 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a AFP COLPATRIA hoy

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, al igual que el extinto ISS hoy **COLPENSIONES**. Aseguró que solicitó a las **DEMANDADAS** la nulidad de su afiliación a la AFP y su retorno al RPM, peticiones que no fueron atendidas.

- **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 el traslado al RAIS estuvo precedido de una asesoría completa sobre los regímenes pensionales y las implicaciones del traslado, de lo cual se dejó constancia por escrito en el formulario de afiliación, el cual es un documento público autentico con pleno valor probatorio y que se suscribió cumpliendo los requisitos legales vigentes para la fecha, sin que sean exigibles a la AFP deberes impuestos con posterioridad como el documentar la asesoría o proyecciones, del mismo modo, la conducta de la afiliada ratificó su deseo de permanecer en el RAIS, por cuanto nunca manifestó inconformidad alguna por su permanencia ni solicitó retornar al RPM, en todo caso, el error de derecho no genera nulidad, cualquier irregularidad la saneo el tiempo y el afiliado no puede alegar la propia culpa y el desconocimiento de la ley a favor. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 107 a 126 archivo "1. *PROCESO 2019-807*").

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 en que se efectuó el traslado al RAIS, sin embargo, corresponde a la **DEMANDANTE** acreditar las causas de nulidad o ineficacia que alegó en la demanda, de otra parte, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, el afiliado no puede alegar la propia culpa y el desconocimiento de la ley a su favor y no se

demostró nota de protesto o inconformidad de éste respecto su vinculación con la AFP. Interpuso las excepciones de 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 (archivo "*1.1ContestacionColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (carpeta "*6. CD. FL. 127*").

El 26 de julio de 2022, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de la señora NYDIA MILENA GARZÓN SAZA, que se identifica con la cédula de ciudadanía 51.655.907, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado hoy hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 31 de mayo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *válidamente vinculada a la DEMANDANTE al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, desde el 16 de diciembre de 1988 y hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con NIT 800.144.331-3, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que se hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NYDIA MILENA GARZÓN SAZA, identificada con cédula 51.655.907 como son cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas y COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas y de aceptar el traslado.* ***CUARTO: ABSOLVER*** *a las DEMANDADAS de las demás pretensiones incoadas en su contra.* ***QUINTO:*** *sin costas en esta instancia.* ***SEXTO:*** *en caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que ahí se surta el grado jurisdiccional de consulta, en virtud aquí de la vinculación de COLPENSIONES. (…)".*

La *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 posición de la H. CSJ el deber de información de la AFP, cuyo cumplimiento debe acreditar la administradora sin que sea suficiente la firma del formulario de afiliación, es presupuesto necesario para la existencia de la libertad de selección de régimen, deber que no se acreditó en el caso bajo estudio, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la sentencia desconoce los principios de autonomía de la voluntad privada y confianza legitima, al desconocer que la afiliada suscribió voluntariamente el formulario de afiliación a la AFP y con sus actos ratificó su decisión de permanecer en el RAIS, no se demostró actos que afectaran la voluntad de selección y la afiliada no puede alegar a su favor el incumplimiento de sus deberes como consumidora financiera y la ignorancia de la ley para justificar porque solo se preocupó por su situación ad portas de obtener la pensión, sin que la diferencia entre la mesada sea causa de ineficacia porque la afiliada recibió extractos y tuvo a su alcance canales de información que no usó. De forma subsidiaria, solicitó considerar que el 63% del saldo de la CAIP son rendimiento, lo que acredita la diligencia del fondo en el manejo de los recursos, por tanto, no procede la condena a devolver gastos de administración, porque no son un concepto que deba retornar en caso de traslado conforme el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, se generan en ambos regímenes y sirvieron para cubrir riesgos de invalidez y muerte y son prescriptibles, tampoco procede la indexación porque los rendimientos son superiores a cualquier detrimento patrimonial de los aportes (carpeta "*6. CD. FL. 127*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Afirmó que no se consideró el principio de relatividad jurídica por el cual **COLPENSIONES** no puede verse afectada por la ineficacia de un negocio jurídico en el cual no participó, además recibir la afiliada afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y la falta de la AFP no puede ser asumida por **COLPENSIONES**. De forma subsidiaria reclamó mantener la condena a devolver el saldo de la CAIP sin descuento alguno (carpeta "*6. CD. FL. 127*").

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 Liseth Dayana Galindo Pescador, identificada con CC 1.073.680.314 y TP 215.205 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo porque la afiliada no cumplió sus deberes como consumidora financiera y al guardar silencio frente las deficiencias de la afiliación generó una afiliación tácita que ha sido reconocida como válida por la jurisprudencia de la H. CSJ, el fallo afectó el principio de relatividad jurídica, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, basta la firma para que el formulario sea válido conforme los Decreto 663 de 1993 y 692 de 1994. De otra parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo porque no se demostró causal de nulidad ni de ineficacia y si la hubo la saneó el paso del tiempo, la AFP cumplió el deber de información y no se pueden exigir cargas probatorias no vigentes a la fecha del traslado, además la afiliada ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con su muchos años de vinculación al mismo, en todo caso, no procede la condena a devolver gastos de administración. Agotado el término de traslado, el apoderado de la **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en

última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con la AFP COLPATRIA 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)*** la demandante **NYDIA MILENA GARZÓN SAZA** nació el 29 de septiembre de 1962 (Pág. 74 archivo "*1. PROCESO 2019-807*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 16 de diciembre de 1988 al 31 de mayo de 1995, cotizando 336,71 semanas (carpeta "*4. CD. FL. 116*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** del 31 de mayo de 1995, efectivo a partir del 1º de junio de 1995, AFP donde permanece vinculada y donde acumular1551 semanas cotizada a julio de 2019 (Pág. 64, 127 a 129 archivo "*1. PROCESO 2019-807*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó la vinculación en el RPM, absolvió de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas. 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 de que al momento del segundo 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 firma del mismo por el afiliado la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio que comprende que en el RAIS su pensión depende del ahorro y en el RPM de semanas y edad y que recibe y entiende los extractos, también manifestó que no se le informó sobre la restricción de traslado por edad, que no le compararon los regímenes ni le explicaron las modalidades de pensión de vejez en el RAIS, por tanto, no se configuró confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorada al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

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 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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, 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.

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 tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros 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 séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES**

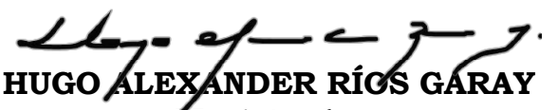
puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

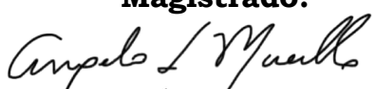
CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NYDIA MILENA GARZON SAZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00807 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 22-2018-00554-01

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de octubre 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 la apoderada de PROTECCIÓN S.A., así como grado jurisdiccional de consulta en favor de la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, por la sentencia del 22 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó al Ministerio de Hacienda y crédito Público a liquidar y redimir el bono pensional en favor del demandante, ordenó a Protección S.A. a pagar la devolución de saldos incluyendo el bono pensional y condenó en costas y agencias en derecho a Protección S.A. y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la suma de un SMLMV a cada una (*min. 14:54, archivo "Audiencia22Oct2021").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JULIO CESAR REYES ESCOBAR, presentó demanda ordinaria laboral contra **PROTECCION S.A.**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del bono pensional, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita,* costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que nació el 26 de julio de 1955, cotizó al ISS un total de 468,43 semanas y se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; que la Secretaria de Educación de Soacha le otorgó una pensión de jubilación mediante Resolución No. 1162 del 04 de abril de 2017 por haberse desempeñado como docente; que el 08 de agosto de 2017 solicitó a PROTECCIÓN S.A. la devolución de saldos, la cual fue realizada con oficio del 14 de diciembre de 2017 por valor de $35.275.661, teniendo en cuenta 346 semanas, sin incluir el Bono Pensional, por lo que radicó solicitud de reconsideración el 05 de enero de 2018; PROTECCIÓN S.A. mediante oficio del 26 de marzo de 2018 le indicó que no era procedente el pago del Bono Pensional *(pág. 25 a 32, archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales).*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto proferido el 04 de octubre de 2019, el juzgador de primer grado tuvo por no contestada la demanda por parte de **PROTECCION S.A.** *(pág. 57, archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales).*

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** fue vinculada al proceso en audiencia del 30 de junio de 2020, y en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, aceptó el hecho relacionado con la pensión reconocida al demandante por la Secretaría de Educación de Soacha, de los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones que denominó inexistencia de obligación a cargo de la Nación - Ministerio de Hacienda

y Crédito Público, buena fe, y la innominada o genérica *(pág. 65 a 82, archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 22 de octubre de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO:*** *CONDENAR a la Nación-Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a liquidar y redimir el bono pensional a órdenes del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., con fundamento en lo establecido en los Decretos 1748 de 1995 y 1513 de 1998 y demás normas concordantes.* ***SEGUNDO:*** *ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. que una vez redimido el bono pensional por parte del Ministerio de hacienda y Crédito Público se realice la devolución de saldos a favor del señor JULIO CESAR REYES ESCOBAR, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.* ***TERCERO:*** *Declarar no probadas las excepciones propuestas.* ***CUARTO****: COSTAS a cargo de las demandadas. Se fija como Agencias en Derecho la suma de un SMLMV a cargo de cada una.* ***QUINTO:*** *Como quiera que la sentencia es desfavorable al Ministerio de Hacienda y Crédito público, envíese el expediente al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, con el fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."*

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si la pensión reconocida por el magisterio al demandante en calidad de docente y el bono pensional que se encuentra a su favor por haber cotizado al ISS, así como la devolución de saldos por los aportes realizados a Protección, son o no compatibles, en caso afirmativo ordenar el pago de estos.

Para resolver, indicó que conforme el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 permite que un docente devengue otras prestaciones del RPM o del RAIS, así mismo que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la pensión de jubilación que un docente devenga del magisterio es

compatible con las prestaciones derivadas por aportes realizados por empleadores privados y que por tanto el bono pensional debe ser incluido en la devolución de saldos, concluyendo que el demandante tiene derecho a la devolución de saldos incluyendo el bono pensional, por cuanto cotizó 460 semanas al ISS.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A**. presentó recurso de apelación parcial contra el fallo de primera instancia solicitando se revoque la condena en costas en su contra. Indicó que PROTECCIÓN no debe ser condenada en costas toda vez que respecto de la devolución de saldos actúa como un mero intermediario entre el demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que PROTECCIÓN le realizó la devolución de saldos en cuantía de $35.275.661 por los aportes que realizó con dicha entidad, que la razón por la cual no se entregó la devolución por bono pensional fue por la observación y rechazo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y ende no hay conducta alguna por la que deba ser sancionada PROTECCIÓN S.A., pues la única entidad competente para liquidar, emitir y pagar es la Oficina de Bonos Pensionales adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 la apoderada del demandante solicitó se confirme el fallo de primera instancia. Durante el término del traslado las demás partes no presentaron alegatos de conclusión.

V. 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, 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.

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 el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

VII. 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 reconocida al demandante por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y si como consecuencia de ello la AFP PROTECCION S.A. debe otorgar la devolución de saldos incluyendo el valor del referido bono, así mismo determinar si hay lugar a la condena en costas a cargo de PROTECCION S.A conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que JULIO CESAR REYES ESCOBAR nació el 26 de julio de 1955 *(pág. 7, archivo "2018-554 (2).pdf", carpeta memoriales);* ***ii)*** que el demandante cotizó al ISS un total de 468,43 semanas *(pág. 8 a 9, archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales);* ***iii)*** que el demandante fue pensionado por la Secretaria de Educación de Soacha a través de la Resolución No. 1162 de fecha 04 de abril de 2017, por haber laborado 20 años como docente del orden nacional *(pág. 14 a 17 archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales);* ***iv)*** que PROTECCIÓN

S.A. le reconoció al demandante la devolución de saldos por un valor de $35.275.661, sin incluir el bono pensional *(pág. 18 a 19 archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales);* ***v)*** que el demandante mediante escrito del 05 de enero de 2018 solicitó a Protección S.A. el pagó de la semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones *(pág. 20 a 21, archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales);* ***vi)*** que PROTECCIÓN S.A. mediante oficio del 26 de marzo de 2018 le informó al demandante que no procede el pago del bono pensional debido a que no lo permite la Oficina de Bonos Pensionales siendo la entidad competente *(pág. 23 a 24, archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales).*

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A. y 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, está 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 presente caso, se tiene que el demandante JULIO CESAR REYES ESCOBAR le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Soacha a través de la resolución No. 1162 de fecha 04 de abril de 2017 *(pág. 14 a 17 archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales)* y para el reconocimiento, liquidación y pago de ésta 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 acumulando un total de 468,43 semanas *(pág. 8 a 9 archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales).*

Al respecto, conforme al precedente jurisprudencial, la pensión que percibe el demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible 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 el demandante con empleadores privados al ISS hoy Colpensiones y que al haberse trasladado al RAIS administrado por Protección S.A. se causa el derecho al bono pensional, sin que ello comporte incompatibilidad alguna.

El demandante, conforme lo determinó PROTECCION S.A. en oficio de fecha 14 de diciembre de 2017 *(pág. 18 a 19 archivo "2018-554 (2).pdf" carpeta memoriales)* 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 ocasión reconoció la suma de $35.275.661, sin tener en cuenta el bono pensional, argumentando la incompatibilidad alegada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por todo lo anterior, el 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 PROTECCIÓN S.A. debe reconocer y pagar la devolución de saldos al demandante incluyendo el valor del referido bono pensional, argumentos suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en dicho aspecto.

Finalmente, para resolver el argumento de apelación de la demandada PROTECCIÓN S.A., 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, debe decirse que esta administradora de fondos de pensiones actuó de buena fe, le otorgó la devolución de saldos al demandante, pagando los periodos a a su cargo, y no canceló el bono pensional debido a la negativa de emisión, liquidación y pago por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 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.

Así mismo, 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 parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en cuanto impuso condena en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A., para en su lugar ABSOLVER a

dicha entidad de esta condena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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 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. Salvo voto

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

SALVAMENTO DE VOTO:
DEMANDANTE: JULIO CESAR REYES ESCOBAR
DEMANDADO: PORVENIR y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO
RADICADO: 11001 31 05 022 2018 00554 01

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

La Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado: por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

Ahora respecto de la pretensión solicitada por la demandante que es el bono pensional que hace parte de la devolución de saldos consagrada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, es de señalar que esta 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.

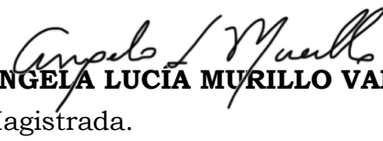
Luego, para acceder a la devolución de saldos se requiere que i) el afiliado acredite que cumplió la edad mínima exigible para obtener el derecho, ii) que no ha cotizado en número de semanas exigidas y iii) declarar bajo juramento que le es imposible continuar cotizando.

En el caso bajo análisis, quedó establecido que la demandante cumple con la edad mínima exigible para obtener el derecho, sin embargo, dado que se encuentra pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte la improcedencia de la pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de la devolución de saldos, no es otra que la de permitir que las personas que habiendo cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez no han cotizado el número de semanas exigidos, puedan exigir dicha devolución.

De tal manera que no hay lugar a la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y la devolución de saldos contemplada en la ley 100 de 1993, en razón a que los dos tipos de prestaciones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados.

Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4º, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los riesgos máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada

Por lo anterior, se considera que el reconocimiento de la pensión y del bono pensional como parte integrante del capital de la devolución de saldos que cubren el mismo riesgo de origen común vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2016-00644-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **PABLO ANDRES SANDOVAL ECHEVERRI** contra la sentencia del 21 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a los demandados de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el señor Carlos Arturo Álvarez Moreno y condenó en costas al demandante en cuantía de $100.000 (*min. 59:45, archivo "57.1Audiencia")*.

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

PABLO ANDRÉS SANDOVAL ECHEVERRI demandó a **FUNDACIÓN APOYARTE** y solidariamente a **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO**, con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que terminó por causa imputable al empleador; en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido y moratoria.

Como fundamento fáctico indicó que el 1° de abril de 2012 celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido para desempeñar el cargo de coordinador de *call center* y apoyo soporte técnico aulas virtuales con la FUNDACIÓN APOYARTE y el señor CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO; que se pactó como salario la suma de $1.600.000 pagaderos mensualmente en dos quincenas y que durante el último año se le desmejoró a $1.200.000; que prestó sus servicios de manera personal bajo las instrucciones del empleador y cumpliendo el horario de trabajo señalado por éste; que laboró hasta el día 30 de julio de 2014, cuando el empleador le terminó el contrato de forma unilateral. (*pág. 1 a 7, archivo "003Demanda*").

- **CONTESTACIÓN CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO**

CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho y en su defensa propuso la excepción que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva (*pág. 1 a 16, archivo 023ContestacionDeDemanda*).

- **CONTESTACIÓN CURADOR *AD LITEM* FUNDACIÓN APOYARTE**

La curadora *ad-litem* de la fundación demandada se opuso a las pretensiones, de los hechos manifestó no constarle, en defensa de la demandada propuso la excepción genérica o innominada (*pág. 1 a 2, archivo "043 ContestacionDeDemanda"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 59:45 archivo "57.1Audiencia"*)

El 21 de junio de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** ABSOLVER a la FUNDACIÓN APOYARTE y al doctor CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Pablo Andrés Sandoval Echeverri de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO:** DECLARAR probados los hechos sustento y la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por* CARLOS

ARTURO ÁLVAREZ MORENO. ***TERCERO:*** *CONDENAR en costas al demandante señor Pablo Andrés Sandoval Echeverri a favor de la demandada, liquídense en la oportunidad procesal correspondiente para lo cual se estiman las agencias en derecho en la suma de $ 100.000 pesos.* ***CUARTO:*** *en el evento en que la parte actora no interponga recurso de apelación contra esta sentencia, remítase el expediente a la sala laboral del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante."*

El Juzgado fijó como problema jurídico establecer si entre el demandante y la FUNDACIÓN APOYARTE, así como con CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de abril de 2012 hasta el 30 de julio de 2014 y, de prosperar, estudiar la viabilidad de las prestaciones reclamadas.

Como fundamento de su decisión indicó que al realizar un análisis de la documental y la testimonial el demandante demostró la prestación personal del servicio a favor de la demandada y que por ende se configura la presunción legal trasladando la carga de la prueba a la fundación demandada, indicó que los testigos fueron coincidentes en que el demandante realizaba labores esporádicas, que el demandante aceptó en su interrogatorio de parte que fue vinculado mediante prestación de servicios, que en correos enviados por el demandante a la demandada acepta que no debe cumplir horario, lo que concluyó que el demandante no estaba subordinado a la FUNDACIÓN APOYARTE.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación. Para sustentar, indicó que se encuentran probados los presupuestos del artículo 23 del CST como lo son la prestación personal del servicio, el pago de unos emolumentos y la subordinación, que resulta contradictorio que el despacho habiendo tenido coincidencia en la parte documental en el folio 19, folio 21 y 23 sobre órdenes emitidas, folio 35 a 38 sobre el pago que se le hacía periódicamente al demandante, así mismo con las manifestaciones del demandado en la contestación de la demanda, está plenamente probado que existió una prestación personal del servicio, se comprobó que le pagaban y se comprobó que efectivamente se configura el contrato realidad, por lo que considera hubo una violación al debido proceso al no darle valor probatorio a las pruebas.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, indicó que hubo una falta de apreciación o apreciación errónea y que se cumplen con los requisitos de existencia del contrato de trabajo conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del trabajo.

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 si entre las partes existió un contrato de trabajo, por los extremos temporales reclamados y, en caso afirmativo, estudiar la procedencia de los pagos solicitados, de acuerdo con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver la controversia planteada por el apoderado de la parte demandante relativa a si hay mérito para declarar un contrato de trabajo entre las partes, conforme las siguientes consideraciones:

- **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 indicó 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 trabajó[1], exhorta a los Estados a "*luchar contra las relaciones de trabajo*

[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.

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. 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,

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL5042 de 2020, SL1439 de 2021, SL2955 de 2021, SL2960 de 2021, SL3345 de 2021, SL3436 de 2021, SL3695 de 2021. SL1042 de 2022, SL1233 de 2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST consagró como "*indicios de determinación de relación subordinada*" el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

a) Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
b) La exclusividad (SL460 de 2021).
c) La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
d) La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
e) Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
f) Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
g) El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
h) La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
i) El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
j) El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
k) El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
l) La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
m) La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en las sentencias SL3436 de 2021, SL125 de 2022, SL1233 de 2022, entre otras, se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor en

pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

- **Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 CST.**

La H. CSJ ha señalado que debido al carácter sancionatorio de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, su condena procede solo si se acredita la mala fe del empleador al omitir el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por ende, si el empleador acredita razones objetivas de tal omisión no procede la condena, tal y como se ha señalado en las sentencias SL16884 de 2016, SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL1782 de 2020, SL2873 de 2020, SL314 de 2021, SL3467 de 2021, SL3564 de 2021, SL630 de 2022, entre otras.

De otra parte, la H. CSJ ha indicado, de manera pacífica, que si el trabajador devengó un salario superior a 1 SMLMV, el contrato de trabajo terminó en vigencia de la Ley 789 de 2002 y se radica la demanda posterior a los 24 meses el empleador deberá pagar al trabajador los intereses moratorios sobre el valor adeudado por salarios y prestaciones sociales a la tasa máxima señalada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA para los créditos de libre asignación, a partir del mes 25 en adelante del incumplimiento y hasta tanto se efectúe el pago de los conceptos adeudados. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias SL125 de 2022, SL2623 de 2022, entre otras.

- **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, conforme los antecedentes normativos expuestos, procede la Sala a revisar si con las pruebas documentales, testimoniales o los interrogatorios rendidos por las partes se logra establecer la prestación personal del servicio y de, ser así, si los demandados logran desvirtuar el elemento subordinación.

De los interrogatorios rendidos por el demandado CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO *(min. 01:59:31 archivo "52.1Audiencia")* ex representante legal de la FUNDACIÓN APOYARTE y el rendido por CLEMENTE ROBERTO DEL VALLE *(min. 01:45:40 archivo "52.1Audiencia")* como representante legal de la FUNDACIÓN APOYARTE, así como de las pruebas testimoniales de Luis Eduardo Moreno Posada *(min. 32:23 archivo "52.1Audiencia"),* María Luisa Vanegas (*min. 55:15 archivo "52.1Audiencia")* y Álvaro Andrés Gaitán Moreno *(min. 01:26:18 archivo "52.1Audiencia"*) se puede extraer que el demandante prestó sus servicios de manera personal a la demandada FUNDACIÓN APOYARTE, elemento que se corrobora con la documental de fecha 04 de agosto de 2014 (*pág.11, archivo "003demanda")* en la que el representante legal de la FUNDACIÓN APOYARTE CLEMENTE ROBERTO DEL VALLE da por terminada las actividades que realizaba PABLO ANDRES SANDOVAL ECHEVERRI a partir del 29 de julio de 2014, y le manifestó al demandante lo siguiente:

> *"1. En días pasados se evidencio que Ud. Falto a sus labores los días 21.22,23,24 y 25 de abril lo cual usted dice que esta falta fue FUERZA MAYOR por carencia del dinero para los pasajes, hecho que no justifica la inasistencia a la fundación, de igual forma usted nunca me informo de esta situación, y de este hecho me enteré por terceros."*

Igualmente, el mismo representante legal mediante correo de fecha 15 de julio de 2014 le indicó al demandante que:

> *"EN EL DIA DE HOY SE LE ESTA REINTEGRANDO POR RECONSIDERACIÓN LOS $72.625, POR PRIMERA Y ULTIMA VEZ, YA QUE COMO SE LO MANIFESTÉ SU SITIO DE TRABAJO ES EN LA ak 15 No 124-29 Of 416. Por cuestiones de Ética, no se puede pagar lo que no se ha trabajado y así se evitan esta serie de impases., que son molestos tanto para Ud. como para sus jefes inmediatos. (fl. 19 y 20 archivo 003Demanda).*

Al demostrarse la prestación del servicio, se activa la presunción legal de existencia del contrato de trabajo descrita en el artículo 24 del CST y le correspondía a la parte demandada desvirtuar la subordinación.

Al proceso se allegaron, entre otras, además de las citadas precedentemente, las siguientes pruebas:

a. Acta de reunión de la FUNDACIÓN APOYARTE que da cuenta que el día de 19 de marzo de 2013, se aprobó hacer contrato laboral al demandante a partir del 1° de abril de 2013 en las mismas condiciones usadas para el área de Soporte Técnico (*pág. 29 a 34, archivo "003Demanda" y pág. 26, archivo "023ContestacionDeDemanda").*
b. Correos electrónicos del 9 y 12 de agosto de 2013 de la demandada al demandante sobre la remisión de las actividades desarrolladas en el mes de julio de 2013 (*pág. 27 y 28, archivo "023ContestacionDeDemanda"*).
c. Correo electrónico del 24 de diciembre de 2013 (*pág. 17, archivo "023ContestacionDeDemanda"*), que da cuenta sobre la terminación del contrato de prestación de servicios del demandante por razones contables, y la realización de una contratación por servicios a partir del 13 de enero de 2014, no obstante, se indica que todos los días serán remunerados.
d. Correos electrónicos del 15 de julio, 17 de julio, 21 y 23 de julio de 2014, dirigidos por el demandante al representante legal de la Fundación demandada, (*pág. 18 a 21, archivo "023ContestacionDeDemanda"*) donde PABLO ANDRES SANDOVAL le reclama por la instrucción de asistir a las oficinas de la Fundación y le indica que al tener un contrato de prestación de servicios no debe cumplir horario, no es necesaria su presencia en la oficina y que únicamente debía demostrar el cumplimiento de metas.

Al valorar la prueba recaudada en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, se tiene que el testimonio de Luis Eduardo Moreno Posada, decretado a favor de la parte actora, quien fue contratista de la Fundación demandada, tan solo puede dar de fe de la prestación personal de servicio del demandante durante dos meses, tiempo en el cual señaló que PABLO ANDRES SANDOVAL era la persona de soporte técnico y el encargado de

guiarlo en la configuración de los equipos, pero solo lo vio algunos días no todos *(min. 32:23 archivo "52.1Audiencia").*

María Luisa Vanegas, testigo decretada a favor de CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO, indicó que conoció al demandante inicialmente cumpliendo funciones de mensajería, luego parte del equipo de aulas virtuales, que llamaba médicos o hacia seguimiento de si los mismos ingresaban a la plataforma, pero que la única persona que cumplía horario y estaba con contrato laboral era Diana Guerrero, el resto no cumplía horario, que se vio con el demandante todos los meses, pero que en ocasiones el demandante no estaba, pero que regularmente lo veía (*min 55:15 archivo "52.1Audiencia").*

Álvaro Andrés Gaitán Moreno, testigo decretado a favor de CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO, manifestó que conoció al demandante y que se lo presentaron como sobrino de la directora de la Fundación, Ligia Amparo Echeverri, que el demandante había laborado como mensajero y luego como apoyo técnico de aulas virtuales, que veía algunos días al demandante en algunas ocasiones, que las únicas personas que estaban todos los días era Diana y María Luisa, que Ligia daba un marco de trabajo y cada uno cumplía con lo que tenía que hacer *(min 01:26:18 archivo "52.1Audiencia"*).

Clemente Roberto del Valle, Representante Legal de la FUNDACIÓN APOYARTE, declaró que conoció al demandante cuando Ligia Amparo Echeverri lo llevó a trabajar a la Fundación, mediante contrato de prestación de servicios verbal no escrito, duró año y medio aproximadamente, no le pagaban prestaciones, no cumplía horario, que se hacía una nómina de prestación de servicios y que la doctora Ligia Amparo Echeverri le transfería, que cuando asumió la representación legal y al darse cuenta que el demandante no hacia ninguna labor y que mantenía en las oficinas que quedan cerca de la Fundación, requirió al demandante y éste le contestó que solo recibía órdenes de Ligia Amparo Echeverri, refiere que no recibía órdenes como tal sino que el demandante iba a colaborar en la coordinación de las aulas y podía ausentarse. Que el demandante como mensajero llevaba cartas, cuentas de cobro a las personas que les prestaban el servicio, que al demandante le asignaban

un grupo de médicos, que sus funciones también eran hacer llamadas telefónicas, se le asignó un celular, que el demandante hacia sus labores desde Cali, que la esposa del demandante laboraba cerca y que el demandante mantenía allá *(min. 01:45:40 archivo "52.1Audiencia").*

CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO, en el interrogatorio declaró que conoció al demandante haciendo labores de mensajería y que luego empezó a realizar actividades de apoyo en las aulas virtuales, que no sabe desde cuando se le estaba pagando, que tomó control de los pagos hasta junio de 2013 por una alerta de revisoría fiscal por unos despilfarros que se estaban presentado, que se desvinculó como representante legal de la Fundación en febrero de 2014 y para esa fecha estaba vinculado el demandante, que vio al demandante físicamente 4 o 5 veces, que no le impartía órdenes al demandante, que la función de los coordinadores de aula era hacer llamadas o seguimiento a los alumnos o tutores *(min. 01:59:31 archivo "52.1Audiencia")*

Y finalmente, se recaudó el interrogatorio al demandante PABLO ANDRES SANDOVAL ECHEVERRI, quien dijo que estuvo vinculado por prestación de servicios, inicialmente prestando servicios de mensajería para el señor Carlos Arturo Álvarez y posteriormente fue vinculado como soporte técnico en abril de 2012 con un cumplimiento de metas, que al final de mes debía rendir informe, que las metas eran unas semanales o diarias, las diarias era darle soporte a los alumnos que eran médicos generales y darle capacitación a los tutores de las aulas que eran médicos especialistas en otras áreas, revisar que la plataforma no tuviera ningún error, que si el medico lo llamaba a las 10 de la noche debía contestar para darle el soporte, que las metas semanales eran los lunes miércoles y viernes actualizar la página de la plataforma, que Álvaro Gaitán enviaba el texto y ellos enviaban las imágenes para saber si estaban bien o no, que la labor la desarrollaba en la Clínica Colombia desde las 8 am a las 5 de la tarde de lunes a viernes, luego en la oficina en el *Holliday In* y que la última ubicación donde permanecía era en el edificio Arcadas frente al Centro Comercial Unicentro, que el cumplimiento de metas se entregaban a Ligia y que a final de mes hacían reuniones mensuales con acta y cumplimiento con el revisor fiscal y el equipo de soporte técnico *(min. 01:26:18 archivo "52.1Audiencia"*).

Al analizar en conjunto las anteriores pruebas, para la Sala la demandada FUNDACIÓN APOYARTE no logró desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

En efecto, los dos testimonios presentados por CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO carecen de fuerza para desvirtuar la subordinación y el pago de salarios, pues como bien lo manifestaron los deponentes, lo veían de forma periódica en las instalaciones de la oficina, no dijeron nada sobre la autonomía e independencia que pudiera tener el demandante para el cumplimiento de su labor y no saben que sumas devengaba el actor como contraprestación por sus servicios, más aún cuando el representante legal Clemente del valle en correo electrónico de fecha 15 de julio de 2014 le manifestó al demandante que:

EN EL DIA DE HOY SE LE ESTA REINTEGRANDO POR RECONSIDERACIÓN LOS $72.625, POR PRIMERA Y ULTIMA VEZ, YA QUE COMO SE LO MANIFESTÉ SU SITIO DE TRABAJO ES EN LA ak 15 No 124-29 Of 416. Por cuestiones de Ética, no se puede pagar lo que no se ha trabajado y así se evitan esta serie de impases., que son molestos tanto para Ud. como para sus jefes inmediatos. (pág. 19 y 20 archivo "003Demanda")

En los interrogatorios rendidos por la parte demandada hacen mención únicamente al cumplimiento del horario y que no le impartían ordenes al demandante, afirmaciones que carecen de sustento probatorio pues no hay ninguna prueba demostrativa que permita inferior la autonomía e independencia que tenía PABLO ANDRES SANDOVAL en el cumplimiento de sus funciones.

Al contrario, en el proceso existen varias pruebas que enseñan la subordinación del demandante a la Fundación demandada, tanto así que en reunión de la Fundación en marzo de 2013, se acordó vincular al demandante mediante contrato de trabajo. A modo de ejemplo, se tiene el oficio de fecha 04 de agosto de 2014 firmado por el representante legal Clemente Roberto del Valle en donde le manifestó al demandante que:

1.En días pasados se evidencio que Ud. Falto a sus labores los días 21.22,23,24 y 25 de abril lo cual usted dice que esta falta fue FUERZA MAYOR por carencia del dinero para los pasajes, hecho que no justifica la inasistencia a la fundación, de igual forma usted nunca me informo de esta situación, y de este hecho me enteré por terceros.

2.En repetidas ocasiones usted manifestó verbalmente y en tono despectivo y grosero su inconformidad por el lugar donde se desarrollan las actividades de la Fundación, de igual manera hacia sus compañeros de funciones y hacia Los Miembros directivos de la Fundación. Al cambio de Representación legal en los últimos meses, usted manifiesta total desacato de esta persona, refiriendo que usted solo acata órdenes del señor ROGER ECHEVERRY SALAZAR (Tío suyo) y de LIGIA ECHEVERRY (tía suya), desconociendo que son funciones del Representante Legal. (pág. 11, archivo "003 demanda").

En dicho oficio el representante legal, más que desvirtuar subordinación alguna, ratifica el cumplimiento de sus órdenes y la prestación del servicio en determinado lugar dispuesto por la demandada.

Y en el interrogatorio rendido por parte del demandante no se logra establecer confesión alguna en la que admitiera que las actividades las cumplió de forma autónoma e independiente, por el contrario, se ratificó en sus labores, cumplimiento de horarios, metas y funciones.

Y si bien la parte demandada allegó correos electrónicos del 15 de julio, 17 de julio, 21 y 23 de julio de 2014, dirigidos por el demandante al representante legal de la Fundación demandada, (*pág. 18 a 21, archivo "023ContestacionDeDemanda*") donde PABLO ANDRES SANDOVAL le reclama por la orden de asistir a las oficinas de la Fundación y le indica que al tener un contrato de prestación de servicios no debe cumplir horario, y que no es necesaria su presencia en la oficina y que únicamente debía demostrar el cumplimiento de metas, son aspectos únicamente de la prestación del servicio pero no desvirtúan el elemento subordinante, tampoco que actué con autonomía e independencia, pues como se demostró a lo largo del juicio las actividades que desarrollaba el demandante las podía realizar de forma virtual.

Ahora, al estudiar los indicios de la relación laboral de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la que ha integrado lo dicho por la Recomendación No.198 de la OIT, se tiene que el demandante recibía pagos periódicos por la prestación de su servicio, hacia parte de la estructura de la Fundación como soporte técnico a las aulas virtuales, prestaba sus servicios en favor y beneficio de la Fundación, realizaba el trabajo en lugares definidos por el empleador, tanto así que laboró en tres locaciones diferentes y que como se corrobora por el representante legal de la Fundación demandada en comunicación del 15 de julio de 2014, el lugar de trabajo del demandante era la *ak 15 No 124-29 Of 416.* Además, la Fundación demandada le suministraba al demandante herramientas de trabajo como un celular telefónico para hacer las llamadas, tal como lo reconoció el representante legal Clemente Roberto del Valle en su interrogatorio.

Conforme los anteriores presupuestos, para la Sala existen suficientes elementos de prueba que permiten concluir que la demandada no logró desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo, por el tiempo en que el demandante le prestó sus servicios, motivo por el cual se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarará la existencia del contrato de trabajo a término indefinido.

Como extremo inicial se tendrá el reclamado en la demanda, esto es, el 1° de abril de 2012. Si bien no existe prueba documental que acredite el inicio de laborales en esa fecha, lo cierto es que al contestar el hecho primero de la demanda CARLOS ARTURO ALVAREZ MORENO señaló que para ese mes se contrató al demandante para realizar algunas labores esporádicas. Como extremo final se tendrá el 29 de julio de 2014, reclamado por el actor y se acredita con la comunicación del 04 de agosto de 2014 donde el representante legal de FUNDACIÓN APOYARTE le suspende las actividades (*pág. 11, archivo "003 demanda*").

En lo ateniente al salario se tiene que el demandante allegó extractos de la cuenta bancaria del Banco Av Villas donde aparecen consignaciones quincenales realizadas de una cuenta No.009001728728, sin que haya acreditado que la titular de esa cuenta sea la FUNDACIÓN

APOYARTE (*pág. 35 a 58, archivo "003 demanda*"), más aún cuando obra certificación de que la cuenta de ahorros desde donde la FUNDACIÓN APOYARTE le realizaba consignaciones corresponde a la No.450800126267 del Banco Davivienda (*pág. 21, archivo "003 demanda", pág. 6, carpeta segunda instancia, archivo "05JuzgadoAllegaPruebas*"), por lo que no es posible inferir de tales documentos el salario pretendido.

Ahora, CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO quien fue representante legal de la FUNDACIÓN APOYARTE hasta febrero de 2014, al dar contestación a la demanda, señaló que se pactó un pago mensual de honorarios con el demandante en la suma de $1.200.000. Adicionalmente, aportó relación de pagos efectuados por la Fundación apoyarte de la siguiente manera:

- pago a PABLO SANDOVAL $600.000 junio de 2013 (*pág. 24, archivo "023ContestacionDeDemanda").*
- pago a PABLO SANDOVAL $600.000 septiembre de 2013 *(pág. 25, archivo "023ContestacionDeDemanda").*
- pago a PABLO SANDOVAL $ 600.000 octubre de 2013 (*pág. 22 y 23, archivo "023ContestacionDeDemanda").*

No obstante, a pesar de estar aceptado por el demandado persona natural que se pactó un salario de $1.200.000, el representante legal de FUNDACIÓN APOYARTE informó que la liquidación de los servicios se realizada sobre un valor de $800.000, a la cual se le descontaba el valor por RETEICA y allegó extractos bancarios que demuestran las consignaciones mensuales realizadas a la cuenta de ahorros del demandante, por un monto inferior, los cuales ascendían a la suma de $794.204 para octubre, noviembre y diciembre de 2012 y enero de 2013 y para mayo abril de 2013 la suma de $594.204, situación que le correspondía dar claridad a la parte interesada. Bajo estas circunstancias, al no existir elementos de prueba adicionales sobre la existencia de una remuneración superior, se tendrá como salario probado la suma de $800.000 durante toda la vigencia del contrato de trabajo.

Establecidos los elementos particulares del contrato, procede la Sala a estudiar la viabilidad de las demás pretensiones solicitadas.

- **Condenas por concepto de acreencias laborales**

El monto de las condenas por cesantía asciende a $1.864.444, por intereses a la cesantía $182.356, por prima de servicios $1.864.444 y por vacaciones compensadas $932.222, conforme se detalla a continuación:

Prestaciones sociales y vacaciones								
Desde	**Hasta**	**Días**	**Salario**	**Aux. trans.**	**Cesantía**	**Interés cesantía**	**Prima servicios**	**Compensación vacaciones**
1/04/2012	31/12/2012	270	$800.000	$ -	$600.000	$54.000	$600.000	$300.000
1/01/2013	30/03/2013	360	$800.000	$ -	$800.000	$96.000	$800.000	$400.000
1/01/2014	29/07/2014	209	$800.000	$ -	$464.444	$32.356	$464.444	$232.222
TOTAL					**$1.864.444**	**$182.356**	**$1.864.444**	**$932.222**

Por tanto, se condenará a la demandada FUNDACIÓN APOYARTE a pagar las anteriores sumas.

- **Sobre el despido injustificado**

Respecto la petición de indemnización por despido injusto, observa la Sala que la terminación de la relación laboral lo fue por decisión de la Fundación aduciendo unas justas causas, demandada que no compareció oportunamente al juicio y la contestación de la demanda se llevó a cabo por intermedio de curador *ad-litem*, por lo que no allegó ningún medio de persuasión para acreditar la existencia de las mismas, de lo cual se concluye que la terminación del contrato de trabajo lo fue por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, siendo procedente acceder esta indemnización por la suma de $1.509.630, conforme se detalla a continuación:

Indemnización por despido							
Año	**Desde**	**Hasta**	**Días**	**Salario**	**Salario diario**	**Días indemnización**	**Valor**
1	1/04/2012	31/03/2013	360	$ 800.000	$ 26.667	30,00	$ 800.000
2	1/04/2013	31/03/2014	360	$ 800.000	$ 26.667	20,00	$ 533.333
3	1/04/2014	29/07/2014	119	$ 800.000	$ 26.667	6,61	$ 176.296

TOTAL	**$ 1.509.630**

- **Sobre la indemnización moratoria**

Para resolver este aspecto, el artículo 65 del CST define el pago de un día de salario por cada día de mora para el empleador que incumple con el pago de los salarios y prestaciones de sus trabajadores a la terminación del contrato de trabajo.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal absolverá a la demandada de esa pretensión pues por la forma como se desarrolló dicho vínculo bien cabía una duda razonable en el empleador sobre su obligación en el pago de las prestaciones a favor del trabajador, más aún cuando se demostró que algunos pagos y la vinculación eran manejados por la tía del demandante a quien identifican con el nombre de Ligia Amparo Echeverri, por lo cual para la demandada no era clara la forma de vinculación del demandante, es por esto que existe una causal objetiva y suficiente para tener por demostrada la buena fe del empleador.

Sin embargo, para efectos de contrarrestar la perdida adquisitiva del dinero por los movimientos inflacionarios, se ordenará indexar las sumas objetos de condena desde el 30 de julio de 2014 hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

- **Pago de Aportes al sistema de Seguridad Social**

En cuanto la pretensión de pago de aportes, deberán ser cancelados sobre el valor del salario de $800.000 por parte de la Fundación demandada a la entidad administradora de pensiones que informe el demandante.

Frente la solicitud del pago de aportes a salud, riesgos laborales y cajas de compensación directamente al demandante, es una pretensión improcedente por cuanto estos conceptos tienen el carácter de parafiscales que pertenecen a los diferentes subsistemas y no al trabajador.

- **Sobre la responsabilidad solidaria**

La parte demandante convocó a juicio a CARLOS ARTURO ALVAREZ MORENO como responsable solidario de las obligaciones a cargo de la FUNDACIÓN APOYARTE.

Al respecto, en los términos del artículo 36 del CST son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión. En este caso, se trata de una fundación sin ánimo de lucro con personería jurídica reconocida desde el año 2012 (*pág. 1 a 7, archivo "003Demanda*"), lo que descarta la responsabilidad solidaria de CARLOS ARTURO ALVAREZ MORENO, quien tuvo en su momento la calidad de representante legal, motivo por el cual se absolverá de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en segunda instancia. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada FUNDACIÓN APOYARTE y deberán ser tasadas por el *a quo*. Sin costas ni a favor ni en contra de CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO.

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 lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandada **FUNDACIÓN APOYARTE**, como empleador, y el demandante **PABLO ANDRES SANDOVAL ECHEVERRI**, como trabajador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de abril de 2012 hasta el 29 de julio de 2014, cuyo salario mensual durante la relación laboral fue de $800.000, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **FUNDACIÓN APOYARTE** a pagar a favor del demandante **PABLO ANDRES SANDOVAL ECHEVERRI** las siguientes sumas de dinero:

a. Cesantías: **$1.864.444**
b. Intereses a las cesantías: **$182.356**
c. prima de servicios: **$3.193.333**
d. Compensación vacaciones: **$1.864.444**
e. Indemnización por despido injustificado: **$1.509.630**
f. A la indexación de las anteriores sumas desde el 30 de julio de 2014 hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo, conforme al IPC certificado por el DANE.

CUARTO: CONDENAR a la demandada **FUNDACIÓN APOYARTE** a pagar a favor del demandante **PABLO ANDRES SANDOVAL ECHEVERRI** los aportes al Sistema General de Pensiones causados durante la vigencia de la relación laboral, en los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que el demandante le informe la administradora de pensiones donde está afiliado, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada **FUNDACIÓN APOYARTE** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: ABSOLVER al demandado **CARLOS ARTURO ÁLVAREZ MORENO** de las pretensiones elevadas en su contra.

SÉPTIMO: SIN COSTAS en segunda instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de **FUNDACIÓN APOYARTE. Tásense.**

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

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2020-00373-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 del 19 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuada por el demandante HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS a la AFP PORVENIR, ordenó a esa AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores correspondientes a las cotizaciones, debidamente indexados, ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como su afiliado y a actualizar la historia laboral, declaró probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho y no probados los demás y no impartió condena en costas (*min. 35:45, archivo "33 Audiencia19-07-2022*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS 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, de forma principal, que COLPENSIONES aceptó la solicitud de traslado de régimen pensional el 26 de noviembre de 2016, que ese traslado fue válido y produjo sus efectos jurídicos, que COLPENSIONES recibió sus aportes pensionales entre el 26 de noviembre de 2016 hasta el 31 diciembre de 2019, que cumple los requisitos pensionales previstos en la Ley 797 de 2003 y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a tenerlo como afiliado y a PORVENIR a devolver la totalidad de los aportes y sumas adicionales, sin descuento alguno, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho

De forma subsidiaria, reclama la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado del régimen pensional que hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al RAIS, se ordene a PORVENIR a devolver todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de dicha administradora, sin efectuar ningún tipo de retención o descuentos, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación, actualizar y corregir la historia laboral, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 26 de febrero de 1957, efectuó cotizaciones al sistema pensional de forma continua desde el 12 de febrero de 1980 al 31 de diciembre de 2019; que por instrucciones de su empleador y en una breve reunión de PORVENIR, suscribió formulario de traslado a ese régimen el 1° de enero de 2005 y la asesora para convencerlo le informó que el ISS iba a ser liquidado y que al afiliarse con PORVENIR podía pensionarse en cualquier tiempo, pero no le explicaron las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales y las implicaciones del traslado; que el 8 de noviembre de 2016, radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen pensional en aplicación de la sentencia CC SU062 de 2010 y el 26 de noviembre siguiente dicha entidad le informó que el traslado había sido aceptado; que el 15 de enero de 2020, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue resuelta mediante Resolución SUB 87304 del 2 de abril de 2020, negado el reconocimiento argumentando que no

se encontraba afiliado a COLPENSIONES e informando que el expediente se enviaría a PORVENIR S.A., acto administrativo que no le fue notificado y, por ende, no pudo presentar los respectivos recursos; que el 23 de junio de 2020 radicó revocatoria directa y COLPENSIONES mediante Resolución SUB 141433 del 2 de julio de 2020, confirmó la resolución inicial.

Adicionalmente, señaló que Colpensiones no le indicó que su solicitud de afiliación resultaba invalida, a pesar de transcurrir más de 2 años, por lo que considera operó la denominada afiliación tácita, con lo cual la solicitud de afiliación ante el RPM administrado por COLPENSIONES surtió efectos; que el 23 de septiembre de 2020 solicitó a PORVENIR la proyección de mesada pensional y como respuesta se le informó que sería de un SMLMV; que en el RPM la mesada pensional correspondería a la suma de $3.003.237; finalmente, que el 13 de octubre de 2020 radicó ante las demandadas solicitud de declaratoria de nulidad de traslado, sin que a la presentación de la demanda haya sido resuelta *(pág. 4 a 32, archivo "01 DEMANDA Y ANEXOS 202000373", pág.2 a 29, archivo "10 ALLEGAN REFORMA DE LA DEMANDA" y pág. 2 a 5, archivo "25DesistimientoParcialPretensiones").*

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Frente a la totalidad de los 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 32, archivo "07 CONTESTACION PORVENIR", y pág. 1 a 38, archivo "18 CONTESTACION REFORMA PORVENIR"*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, la afiliación al ISS y al RAIS, la solicitud y aceptación del traslado realizado en el año 2016, la solicitud de pensión y corrección de historial laboral y sus respuestas y la presentación de la reclamación administrativa, frente a los demás hechos

señaló no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no configuración de condena por intereses moratorios y la innominada o genérica (*pág. 2 a 24, archivo "08 CONTESTACION COLPENSIONES", y pág. 2 a 38, archivo "19 CONTESTACION REFORMA DEMANDA COLPENSIONES*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 35:45, archivo "33 Audiencia19-07-2022").

El 19 de julio de 2022, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA** de la afiliación del señor HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS al régimen de ahorro individual a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR realizada el 12 de noviembre de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva en la presente decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los dineros que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, ello significa que debe trasladar todo lo que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual al momento en que se haga efectivo el traslado, junto con los valores que haya usado por concepto de gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir al señor HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR. **QUINTO: DECLARAR** parcialmente*

probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho y no probados los demás. ***SEXTO: ABSOLVER*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR de las demás pretensiones instauradas en su contra por parte del señor HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.* ***SÉPTIMO:*** *SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.* ***OCTAVO:*** *En caso de no apelarse la presente sentencia, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 del CPTSS."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS surtió o no efectos jurídicos y si Porvenir debe devolver los aportes que le fueron enviados en cumplimiento de la Resolución SU 87304 del 2 de abril de 2020. De forma subsidiaria, si es traslado de régimen pensional resulta nulo o ineficaz, el consecuente retorno al RPM y la devolución a esta entidad de todas las sumas, bonos, cotizaciones rendimientos durante el tiempo en que estuvieron en poder de la AFP.

Para resolver, la Juez indicó que conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional las personas que se trasladaron al RAIS pueden regresar en cualquier tiempo al RPM solo si acreditan que al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tienen 15 años de servicios prestados o cotizados, que para el caso del demandante cuenta únicamente con 727 semanas cotizadas a esa fecha, por lo que no cumple los requisitos para su retorno al régimen público, no siendo procedente acceder a la pretensión principal.

Frente a las pretensiones subsidiarias, relató que según la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. CSJ, la carga de la prueba recae en PORVENIR, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio al demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, información clara, completa y comprensible sobre la decisión que estaba adoptando, que como tal aspecto no ocurrió, no siendo suficiente el formulario de afiliación, esa afiliación a PORVENIR es ineficaz, siendo obligación de ese fondo devolver

a COLPENSIONES los aportes, junto con los rendimientos y los gastos de administración, con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexados.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que el traslado del actor fue eficaz y válido pues no se acreditó ningún vicio del consentimiento con el cambio el régimen pensional, conforme al artículo 1741 del CC; que el formulario de afiliación se presume auténtico y cumple las exigencias del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es viable imponerle al fondo cargas diferentes a las vigentes para el momento en que se dio la afiliación, pues ello constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legitima de la AFP, al no existir obligación legal alguna de dejar documentada la asesoría suministrada de manera verbal; que Porvenir cuenta con canales de atención para brindarle información y buen servicio a sus afiliados, por lo que el demandante en cualquier momento pudo haber solicitado proyecciones, reasesorias, peticiones, quejas o reclamos para mostrar su inconformidad sobre el traslado al RAIS, por lo que no le es dable al demandante justificarse en el desconocimiento de la ley, y carece de fundamento razonable la falta de información.

Manifestó que la condena por devolución de los dineros por concepto de gastos de administración es improcedente, en la medida en que se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al no existir norma que disponga tal devolución, además no financia la pensión del afiliado y se constituye es una contraprestación para el fondo de pensiones por la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado; que ordenar la devolución de estos gastos de manera indexada, implicaría el desconocimiento de unos descuentos que estaban habilitados por la ley, en claro desmedró del patrimonio de la AFP, privilegiando a una de las partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por parte de la AFP, gastos de administración que también se descuentan en el RPM, y no forman parte integral de la pensión de vejez

y por ello están sujeto al fenómeno extintivo de la prescripción; que en caso de confirmarse la ineficacia, solicita de aplique la figura de la compensación de tales dineros con los rendimientos que se generaron a favor del demandante (*min. 38:07, archivo "33 Audiencia19-07-2022*").

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 tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y Porvenir, por lo que independiente de la decisión que se adopte, Colpensiones no puede ser favorecida ni afectada con la misma, pues nada tuvo que ver con la decisión tomada por el demandante; solicita que no se condene a recibir al demandante en el RPM pues se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, en especial por la reserva presupuestal que se destina para tales fines; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen pensional por edad; y que en caso de confirmarse la condena y el retorno del afiliado al RPM, se debe condenar a Porvenir a pagar a Colpensiones los perjuicios económicos.

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** y el apoderado de **COLPENSIONES** solicitaron revocar la sentencia reafirmando los argumentos expuestos en los recursos de apelación. La parte demandante peticionó confirmar la sentencia recurrida al considerar que se acreditó el error al que fue inducido el afiliado, no fue debidamente asesorado, fue engañado y demás el fondo privado con posterioridad no advirtió de la posibilidad de retornar al RAIS.

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 **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 el demandante **HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS**: ***i)*** nació el 26 de febrero de 1957 (pág. 37, *archivo "01 DEMANDA Y ANEXOS"*).; ***ii)*** se afilió al ISS a partir del 21 de febrero de 1995 (*historia laboral, carpeta " 09AnexoContestacion" archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211_1992-20210526085109"*); ***iii)*** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 12 de noviembre de 2004, efectivo desde el 1º de enero de 2005, donde sigue vinculado (*Pág. 84 y 107 archivo "07 CONTESTACIÓN PORVENIR"*).

En la sentencia de primera instancia, se declaró ineficaz la afiliación al RAIS, se ordenó trasladar al RPM todos los aportes junto con sus rendimientos y demás sumas recibidas con ocasión de la afiliación. 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 pensional, 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 los asesores de la **AFP DEMANDADA** se limitaron a indicarle que el ISS se iba a acabar, que en dicho fondo se podía pensionar en cualquier tiempo 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, 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 el **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 Sala modificará la decisión de primera instancia por cuanto 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.

Ahora, 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, sin descuento alguno, 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, lo que descarta que se pueda realizar algún tipo de compensación como lo reclamó PORVENIR en el recurso. 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.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, 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.

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 señor HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS al régimen de ahorro individual a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR realizado el 12 de noviembre de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva en la presente decisión.*", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero 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 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, por el 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.

TERCERO: 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.

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

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 MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaro el voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HUMBERTO QUEJADA CONTRERAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2020 00373 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2021-00138-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 29 de marzo de 2022 del Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó la afiliación en el RPM y ordenó corregir su historia laboral y se abstuvo de condenar en costas (01:08:27 archivo "*11 AUDIO AUDIENCIA 29-03-2022*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 5 a 14 archivo "*01 DEMANDA 202100138*").**

INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS, ordenar el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS y se trasladó en 2003 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 30 de julio de 2020 solicitó a la AFP anular su afiliación y el 19 de agosto de 2020 reclamó a **COLPENSIONES** su reactivación en el RPM, solicitud que no fue atendida.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la afiliada al RPM y RAIS y que negó la solicitud de reactivación en el RPM. Indicó que no tuvo conocimiento directo de las circunstancias del traslado de régimen pensional, sin embargo, aseguró que para la fecha de afiliación a la AFP no existía ninguna norma que impusiera el deber de documentar la asesoría previa al afiliado, siendo el único elemento de prueba el formulario de afiliación, de otra parte, como consumidor financiero el afiliado tiene el deber de informarse sobre el régimen al que se afilia y no puede alegar el desconocimiento de la ley a su favor ya que las condiciones de los regímenes pensionales están consagradas en la ley y son de público acceso, por tanto, no hay ninguna causal de nulidad de la vinculación a la AFP y no procede ordenar el retorno al RPM debido a la restricción por edad, lo que además afectaría el principio de sostenibilidad financiera del Sistema. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES**, 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**, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 6 a 38 archivo “”*05 COLPENSIONES ALLEGA CONTESTACIÓN*”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la vinculación a la AFP fue libre e informada, porque recibió asesoría previa sobres las condiciones de cada régimen y el impacto de las mismas en la consolidación del derecho a pensión y derecho de retracto, condiciones que son de público conocimiento al estar consagradas en la ley, de otra parte, comunicó a través de medios masivos el periodo de gracia de traslado de la Ley 797 de 2003, de lo cual quedó constancia escrita en el formulario de afiliación, el cual es un documento autentico con valor probatorio, sin que sea oponible al fondo la regulación del deber de información que surgió con posterioridad al traslado de régimen pensional, más aún cuando la afiliada exteriorizó actos de relacionamiento de su voluntad de permanecer al RAIS, sin nunca expresar su deseo de retornar al RPM. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 35 archivo "*06 ALLEGAN CONTESTACION DE PORVENIR*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:08:27 archivo "*11 AUDIO AUDIENCIA 29-03-2022*").

El 29 de marzo de 2022, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación que hizo la señora INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 07 de abril de 2003, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la señora INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, ello significa que se debe trasladar lo que la DEMANDANTE tenga en su cuenta de ahorro individual al momento que se haga efectivo el*

traslado, junto con los valores que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la DEMANDANTE, conforme a lo expuesto en la parte motiva. ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas los hechos sustento de las excepciones propuestas.* ***SEXTO:*** *sin condena en costas.* ***SÉPTIMO:*** *en evento que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor por así disponerlo el artículo 69 CPTSS. (…)".*

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

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen pensional parte del cumplimiento por la AFP de su deber de información, ya que el consentimiento informado es presupuesto de una voluntad libre de aceptar el traslado y sus consecuencias, sin que la AFP pueda acreditar el cumplimiento de su deber con solo el formulario de afiliación, por tanto, al no existir confesión de la **DEMANDANTE** de que recibió una correcta asesoría, no se demostró el cumplimiento del deber y declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento de gastos de administración y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que el formulario de afiliación, que es un documento público que se presume autentico, acredita que la afiliada recibió asesoría, más aún cuando la AFP no puede modificar el contenido de dicho documento el cual es aprobado por las autoridades, de otra parte, no aplica a la afiliada el artículo 67 del Decreto 663 de 1993 porque solo cobija a las personas ya vinculadas a la AFP, además la consumidora financiera tiene el deber de informarse de los productos que adquiere, tampoco procede la inversión de la carga de la prueba porque ninguna norma la consagro para el caso bajo estudio y a la fecha del traslado ninguna

norma exigía a las AFP acreditar la asesoría más allá de con el formulario de afiliación, así mismo la afiliada no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor ni afirmar que no leyó el formulario ya que es una adulta profesional, por ende no aplica el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque no hubo conducta dolosa por parte de la AFP y si hubo un eventual error de hecho, el mismo se saneó por los años de permanencia en el RAIS, más aún cuando la AFP publicó en diarios de amplia circulación sobre el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 y la afiliada decidió no retornar al RPM a pesar de ser consciente de su situación pensional porque recibía extractos. Aseguró que no se puede imponer la condena a devolver bonos pensionales cuando el emisor de los mismos no fue vinculado a juicio y que ninguna norma exige la devolución de los gastos de administración en caso de cambio de régimen, más aún cuando en ambos regímenes la totalidad del aporte no se destina en su totalidad a sufragar el derecho pensional, por ende, son prescriptibles y retribuyen la exitosa gestión de la AFP y la cobertura de seguros previsionales, por lo cual se devolución a **COLPENSIONES** causa un enriquecimiento sin justa causa (01:10:26 archivo "*11 AUDIO AUDIENCIA 29-03-2022*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Advirtió que se invirtió la carga de la prueba desconociendo la sentencia T422 de 2011, por cuanto hay casos donde la actitud del afiliado se toma como un verdadero entendimiento, además no se acreditó ni un solo vicio del consentimiento del afiliado al momento del traslado de régimen y por el contrario se acredito que la vinculación a la AFP fue libre y voluntaria (01:20:51 archivo "*11 AUDIO AUDIENCIA 29-03-2022*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, por ser acorde a derecho y a la jurisprudencia sobre la ineficacia de traslado. Por su parte, **COLPENSIONES** otorgó poder

general a la firma World Legal Corporation S.A.S., identificada con NIT 900.390.380, quien a través de su representante legal sustituyó poder a la doctora Martha Ximena Morales Yague, identificada con CC 1.026.274.245 y TP 248.715 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo porque no se acreditó causal de nulidad o ineficacia, no es viable el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afecta la sostenibilidad financiera del Sistema, no procede la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, no se consideró el desarrollo por etapas del deber de información a cargo de la AFP, que la afiliada no era una parte débil al no ser incapaz y prescribió la acción. De otra parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, ya que no se demostró causal de nulidad ni de ineficacia y si la hubo la saneó el paso del tiempo, la AFP cumplió el deber de información y no se pueden exigir cargas probatorias no vigentes a la fecha del traslado, además la afiliada ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con su muchos años de vinculación al mismo, en todo caso, no procede la condena a devolver gastos de administración.

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 con **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 **INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA** nació el 10 de enero de 1966 (Pág. 18 archivo "*01 DEMANDA 202100138*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 1° de febrero de 1998 al 31 de marzo de 2003, cotizando 225,86 semanas (Pág. 205 a 210 archivo "*05 COLPENSIONES ALLEGA CONTESTACION*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 07 de abril de 2003, efectivo a partir del 1° de junio de 2003, AFP donde permanece vinculada (Pág. 82 a 84 archivo "*06 ALLEGAN CONTESTACION DE PORVENIR*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó la afiliación en el RPM y ordenó corregir su historia laboral y se abstuvo de condenar en costas. 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 de 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 firma del mismo por el afiliado la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio de parte que no se acercó a la **AFP DEMANDADA** ni a **COLPENSIONES** a buscar asesoría, ello no se asimila a confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorada al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

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 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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, 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.

Sin embargo, se 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 conforme el artículo 13 del 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.

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 del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** ineficaz el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que efectuó la demandante **INÉS MERCEDES VELÁSQUEZ ZABALA**, identificada con CC 32.697.310, a través de vinculación a **PORVENIR S.A.** del 07 de abril de 2003, efectivo a partir del 1º de junio de 2003, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

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

valores que salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros 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.

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

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

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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: INES MERCEDES VELASQUEZ ZABALA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2021 00138 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 24-2021-00294-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las partes y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 06 de septiembre de 2022 del Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz la afiliación al RAIS y que el afiliado siempre permaneció en el RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, ordenó actualizar la historia laboral y se abstuvo de condena en costas (01:09:57 archivo "*20Audioaudiencia06Septiembre2022*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 19 archivo "*01Demanda*").**

VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS, ordenar el traslado de la CAIP, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS desde el 20 de febrero de 1980, que el 30 de noviembre de 1999 se trasladó al RAIS 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. Afirmó que el 26 de mayo de 2021 solicitó a las **DEMANDADAS** declarar ineficaz su traslado y aceptar su retorno al RPM, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, sin embargo, para la fecha del mismo el deber de información se limitaba a una charla previa al formulario de afiliación y solo hasta el Decreto 2241 de 2010 se generó el deber de informar las condiciones de afiliación al consumidor financiero, las cuales son de conocimiento público al estar consagradas en la Ley 100 de 1993, sin que exista ninguna prueba de causa de nulidad o ineficacia del formulario de afiliación a la AFP, además no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque ello afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en caso de ineficacia del traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (archivo "*07contestacionColpensiones*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que el traslado al RAIS fue una decisión libre e informada del **DEMANDANTE**, quien previamente recibió asesoría sobre las implicaciones del traslado, funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales particulares, de lo cual dejó constancia

escrita en el formulario de afiliación, la cual cumple todas las exigencias legales vigentes para la fecha de la vinculación, sin que se acredite ninguna causal de nulidad o ineficacia y si la hubo fue saneada por ratificación con la conducta del afiliado de nunca solicitar su retorno al RPM ni elevar queja o inconformidad alguna con la AFP, sin que sea válida la inversión de la carga de la prueba y sin que el afiliado pueda alegarse el desconociendo de la Ley a su favor ni proceda la devolución de gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 29 archivo "*08ContestaciónPorvenirS*.A").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:09:57 archivo "*20Audioaudiencia06Septiembre2022*").

El 06 de septiembre de 2022, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de la afiliación del señor VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de PORVENIR el 30 de noviembre de 1999, efectiva a partir del 1º de enero del año 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que para todos los efectos legales el señor VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 CC, esto es, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recurso han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir al señor VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la parte pasiva.* ***SEXTO:*** *sin condena en costas.* ***SÉPTIMO:*** *en caso de que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente decisión, remítase el expediente a la sala de Decisión Laboral del Tribunal*

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo señalado en el artículo 69 CPTSS. (…)".

La *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 Ley 100 de 1993 consagró la libertad de selección de régimen pensional y la H. CSJ señala que el cumplimiento del deber de información por la AFP es un presupuesto necesario del consentimiento informado, por lo cual la AFP debe acreditar el cumplimiento de tal deber sin que baste la firma del formulario de afiliación, pero **PORVENIR S.A.** no acreditó tal cumplimiento al no demostrar que información brindó al afiliado, por lo cual declaró ineficaz el traslado, ordenó el traslado del saldo de la CAIP sin descuentos por gastos de administración y no condenó en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar la absolución de costas, porque el artículo 365 CGP establece su imposición a las partes vencidas en juicio, siendo ello una consecuencia objetiva de la oposición de las **DEMANDADAS** en el presente asunto (01:11:51 archivo "*20Audioaudiencia06Septiembre2022*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, ya que pese la inversión de la carga de la prueba, la AFP acreditó con el formulario de afiliación e interrogatorio al **DEMANDANTE** que brindó la información necesaria según la normatividad vigente a la fecha del traslado y acceder a las pretensiones afecta el principio de sostenibilidad financiera porque sobrecarga el RPM (01:15:20 archivo "*20Audioaudiencia06Septiembre2022*").

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar la condena a la indexación de las sumas cuya devolución se ordenó, porque la

devolución de los rendimientos ya cubre los frutos e intereses obtenidos con ocasión de la afiliación del **DEMANDANTE** y compensa la depreciación monetaria de los emolumentos a retornar a **COLPENSIONES**, por tanto ordenar la indexación y al tiempo la devolución de rendimiento implica una doble sanción, tal y como ha sido reconocido en decisiones de las honorables Salas de Decisión Laboral de los Tribunales Superiores de Cundinamarca y Cali (01:15:20 archivo "*20Audioaudiencia06Septiembre2022*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal del **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso de apelación y confirmar el fallo. Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo de primera instancia porque no se demostró causal de nulidad ni de ineficacia y si la hubo la saneó el paso del tiempo, la AFP cumplió el deber de información y no se pueden exigir cargas probatorias no vigentes a la fecha del traslado, además la afiliada ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con su muchos años de vinculación al mismo, en todo caso, no procede la condena a devolver gastos de administración. Agotado el término de traslado, la apoderada de **COLPENSIONES** 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 con **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 **VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA** nació el 25 de octubre de 1959 (Pág. 22 archivo "*01Demanda*"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS el 20 de febrero de 1980, tal y como registra en la historia laboral válida para bono pensional (Pág. 36 a 39 archivo "*01Demanda*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 30 de noviembre de 1999, efectivo a partir del 1º de enero de 2000, AFP donde permanece vinculado y acumula 1695 semanas cotizadas a diciembre de 2021 (Pág. 94 a 96, 132 archivo "*08ContestaciónPorvenirS.*A").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS y que el afiliado siempre permaneció en el RPM, ordenó la devolución del saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, ordenó actualizar la historia laboral y se abstuvo de condena en costas. Contra la anterior decisión todas las partes 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 de 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 firma del mismo por el afiliado la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, en su interrogatorio el **DEMANDANTE** manifestó que el asesor de **PORVENIR S.A.** le indicó que si se vinculaba a dicho fondo tendría una mesada superior que en el ISS y podría pensionarse en menor tiempo, características que podrían llegar a ser ciertas según el nivel de capital acumulado en la CAIP, sin embargo, tal manifestación no configura confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorada al momento del

traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión, todo lo contrario, manifestó que no se le informó de que tendría una CAIP, ni sobre los rendimientos propios del RAIS ni sobre las condiciones generales del 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 afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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 y se rechaza el recurso de apelación de **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.

Sin embargo, se 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 conforme el artículo 13 del 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 el recurso de apelación del **DEMANDANTE**, la Sala advierte que en efecto el artículo 365 CGP señala que la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas y si bien las **DEMANDADAS** ejercieron una defensa activa de sus intereses por cuanto negaron hechos, se opusieron a pretensiones, formularon excepciones y aportaron o solicitaron la práctica de pruebas a su favor, solo procede la condena en costas respecto **PORVENIR S.A.**, por cuanto 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 CGP. En tal sentido se modificará 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: MODIFICAR el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** ineficaz el traslado del RPM al RAIS que efectuó el demandante **VÍCTOR JULIO SANTAMARÍA OSPINA** a través de vinculación a **PORVENIR S.A.** del 30 de noviembre de 1999, efectiva a partir del 1º de enero del año 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

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

TERCERO: MODIFICAR el numeral sexto del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada **PORVENIR S.A.**, las cuales deberán ser tasadas por la *a quo*.

CUARTO: 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.

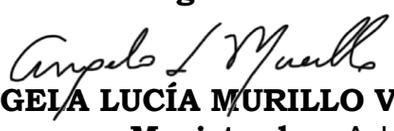
QUINTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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 MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: VICTOR JULIO SANTAMARIA OSPINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2021 00294 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 25-2018-00298-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 07 de junio de 2022 del Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. reconstruida mediante audiencia del 28 de junio de 2022, que absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (31:00 archivo "*23AudienciaReconstruccionFallo*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 8 archivo "*01Demanda*" y archivo "*05Subsanacion*").**

JOSÉ ÁLVARO SABOGAL SANTOS solicitó declarar que es pensionado de **COLPENSIONES** y que su cónyuge BLANCA CECILIA AGUILAR ROMERO no tiene ingresos y depende económicamente de él, por tanto, condenar al incremento pensional del 14% desde la fecha de causación de la pensión de vejez, aumentos de ley, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue pensionado por el extinto ISS a través de la Resolución 045750 de 2008, conforme el Acuerdo 049 de 1990. Aseguró que celebró matrimonio católico con

BLANCA CECILIA AGUILAR ROMERO, con quien convive desde hace 35 años y que es su dependiente económica porque ella no recibe ingresos ni pensión alguna. Afirmó que no se le incluyó el incremento del 14% consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual el 23 de junio de 2015 presentó reclamación administrativa, sin ser resuelta su solicitud.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que el ISS pensionó al **DEMANDANTE**, que éste celebró matrimonio católico y que no reconoció el incremento pensional por cónyuge a cargo. Indicó que no le consta la convivencia ininterrumpida entre los cónyuges ni la supuesta dependencia económica alegada, así mismo, señaló que los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados por la Ley 100 de 1993 y, en todo caso, afirmó que dichos incrementos pensionales son prescriptibles por no hacer parte integral de la pensión de vejez e invalidez. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago de indexación, pago, buena fe y declaratoria de otras excepciones (Pág. 1 a 6 archivo "*08ContestacionColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (31:00 archivo "*23AudienciaReconstruccionFallo*").

En la sentencia del 07 de junio de 2022, reconstruida mediante audiencia del 28 de junio de 2022, el Juzgado 25 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 incoadas en su contra por el DEMANDANTE por lo motivado.* ***SEGUNDO: SIN COSTAS*** *en esta instancia.* ***TERCERO: EXCEPCIONES****. Se declara probada la excepción de cobro de lo no debido por lo motivado.* ***CUARTO:*** *De no ser apelada la presente decisión, envíese a la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede el reconocimiento del incremento pensional y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. Corte Constitucional, en la sentencia SU140 de 2019, determinó que los incrementos pensionales fueron derogados con la Ley 100 de 1993 y su pago solo subsiste para quienes adquirieron derecho a ello antes de la expedición de la precitada Ley, criterio que acogió el Juzgado y si bien se acreditó la convivencia y la dependencia económica de la cónyuge a cargo del **DEMANDANTE**, la pensión se causó después de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y se debe rechazar la pretensiones porque se basa en una norma derogada.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que al momento en que se radicó la demanda no había sido proferida la sentencia SU140 de 2019 ni había sido declarada nula la sentencia SU310 de 2017, por tanto, al acreditarse la convivencia y dependencia económica de la cónyuge y al haber sido reconocida la pensión del **DEMANDANTE** con el Acuerdo 049 de 1990 y siguiendo lo señalado en las sentencias T369 de 2015 y T851 de 2014, los incrementos son parte integral de la pensión, por ende deben ser reconocidos y solo prescriben las mesadas pero no el derecho en sí mismo, el cual debe ser declarado en virtud del principio de favorabilidad y aplicando la interpretación más favorable al afiliado (31:52 archivo "*23AudienciaReconstruccionFallo*").

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 acceder a su recurso de apelación reiterando los argumentos que usó para sustentar la alzada. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, quien

se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo, alegando que los incrementos pensionales fueron derogados con la Ley 100 de 1993.

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 si le asiste derecho al **DEMANDANTE** al reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo y demás pretensiones elevadas, 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 27 de septiembre de 1980 el demandante **JOSÉ ÁLVARO SABOGAL SANTOS** celebró matrimonio con BLANCA CECILIA AGUILAR ROMERO (Pág. 11 y 12 archivo "*01Demanda*"); ***ii)*** el extinto ISS por medio de la Resolución 045750 de 2008 reconoció pensión de vejez al **DEMANDANTE** a partir del 26 de noviembre de 2006, conforme el Acuerdo 049 de 1990 del ISS (Pág. 9 a 10 archivo "*01Demanda*"); ***ii)*** el 23 de junio de 2015 el **DEMANDANTE** radicó derecho de petición ante la demandada **COLPENSIONES** solicitando el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas. Contra la anterior decisión el **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación.

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

- **Derogatoria de los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 del ISS en virtud de la Ley 100 de 1993.**

Advierte la Sala que la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, dispuso: "*con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994*".

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su momento mantuvo la posición de que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como señaló en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López y recientemente en las sentencias SL5147 de 2018, SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, lo cierto es que la H. CSJ modificó dicha postura y en la sentencia SL2061 de 2021 indicó que el incremento pensional por personas a cargo que proveía el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por derogatoria orgánica en virtud de la Ley 100 de 1993, acogiendo expresamente la posición de la H. Corte Constitucional adoptada en la sentencia SU140 de 2019.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme los antecedentes normativos expuestos, se advierte que el **DEMANDANTE** causó el derecho a su pensión de vejez el 26 de noviembre de 2006, fecha en la

que cumplió 60 años, tal y como fue expresamente señalado en la Resolución 045750 de 2008 del extinto ISS (Pág. 9 a 10 archivo "*01Demanda*").

Así las cosas, si bien el **DEMANDANTE** obtuvo su pensión bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990 del ISS adoptado mediante Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición pensional, lo cierto es que el disfrute de tal prestación inició mucho tiempo después de la expedición de la Ley 100 de 1993, la cual derogó los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, conforme la posición adoptada por la H. Corte Constitucional, órgano judicial competente decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, postura que recientemente acogió la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto no puede causarse el incremento pensional reclamado en este proceso por falta del supuesto normativo que consagraba el mismo al momento en que el **DEMANDANTE** consolidó su derecho pensional en noviembre de 2006.

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, 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 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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26-2019-00234-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **SUSANA NAVARRO DE ACOSTA** contra la sentencia del 24 de junio de 2021 del Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (15:21 archivo "*005. 2019-234 (PC) (fallo)-20210624_143531-Grabación de la reunión*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 55 a 64 archivo "*001. Expediente 11001310502620190023400*").**

SUSANA NAVARRO DE ACOSTA solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite de JORGE ACOSTA ROZO (q.e.p.d.) a partir del 20 de abril de 1987, indexación, intereses moratorios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró matrimonio católico con el causante el 21 de noviembre de 1970, con quien convivió hasta su fallecimiento el 20 de abril de 1987, de quien siempre dependió económicamente, que el 07 de abril de 2017 reclamó el reconocimiento

de su pensión de sobrevivientes a **COLPENSIONES**, que negó la Administradora con la Resolución SUB 66530 del 16 de mayo de 2017, contra la cual radicó recursos y además solicitó corregir la historia laboral del causante, sin embargo, el acto fue confirmado con las Resoluciones RUB 185210 del 05 de septiembre de 2017 y DIR 16019 del 20 de septiembre de 2017. Afirmó que el causante cotizó 705,6 semanas y cumple 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo y que no cuenta con recursos para solventar sus necesidades.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 70 a 83 archivo "*001. Expediente 11001310502620190023400*").**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que la **DEMANDANTE** celebró matrimonio con el causante, la fecha de fallecimiento de éste, el total de semanas cotizadas y que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Indicó que el Decreto 3041 de 1966, norma vigente al fallecimiento del causante, en su artículo 20 consagró la pensión de sobrevivientes si al momento del fallecimiento el asegurado cumplía los requisitos del artículo 5 de dicha norma, a saber, 150 semanas cotizadas en los 06 años anteriores al fallecimiento o 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, condiciones incumplidas en el caso concreto, sin que la condición más beneficiosa permita aplicarse el régimen posterior al vigente a la fecha de acaecimiento del riesgo, ya que dicho principio solo permite aplicar el régimen pensional inmediatamente anterior. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, incompatibilidad de intereses moratorios e indexación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (15:21 archivo "*005. 2019-234 (PC) (fallo)-20210624_143531-Grabación de la reunión*").

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

"(…) ***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *en costas a la parte DEMANDANTE, liquidándose como agencias en derecho la suma de $600.000. (…)".*

La *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 el causante murió el 20 de abril de 1987, por ende, la norma que regula la pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha del fallecimiento, que no es otro que los artículos 5 y 20 del Decreto 3041 de 1966, que consagra dicha prestación si el causante cotizó 150 semanas en los 06 años anteriores al fallecimiento o 300 semanas en cualquier tiempo y en el caso concreto, el causante acreditó 260,43 semanas cotizadas al ISS y 88 semanas cotizadas en los últimos 06 años anteriores a su muerte, sin que sea posible acumular el tiempo público que sirvió el causante en vigencia del Decreto 3041 de 1966, así mismo, la condición más beneficiosa permite aplicar el régimen pensional anterior pero no el posterior, por cuanto no avala la aplicación ultractiva de una norma.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que el causante cotizó 706 semanas entre tiempos públicos y privados, pero solo se consideraron las semanas cotizadas a **COLPENSIONES**, por lo cual se debe aplicar la condición más beneficiosa para aplicar el Decreto 758 de 1990 y otorgar la pensión de sobrevivientes considerando que el causante cotizó más de 300 semanas en cualquier tiempo (15:55 archivo "*005. 2019-234 (PC) (fallo)-20210624_143531-Grabación de la reunión*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones, ya que la condición más beneficiosa permite aplicar regímenes jurídicos que no sean inmediatamente sucesivos, como indicó la H. Corte Constitucional. Agotado el término de traslado, la **DEMANDADA** 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 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la **DEMANDANTE** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el 21 de noviembre de 1970 la demandante **SUSANA NAVARRO DE ACOSTA** y el causante JORGE ACOSTA ROZO (q.e.p.d.) celebraron matrimonio católico (Pág. 15 archivo "001. Expediente 11001310502620190023400"); ***ii)*** el causante laboró para la GOBERNACIÓN DEL META desde el 21 de abril de 1970 al 1º de septiembre de 1979 con 89 días de interrupción, así mismo, laboró para la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C. del 19 de mayo de 1982 al 16 de junio de 1982 (Pág. 45 a 40 archivo "*001. Expediente 11001310502620190023400*"); ***iii)*** el causante cotizó para el extinto ISS hoy **COLPENSIONES** 260,43 semanas cotizadas (archivo "*GRP-SCH-HL-2016_1904337-20160226045734*" carpeta "*002. CD FOLIO 75*"); ***iv)*** el causante falleció el 20 de abril de 1987 (archivo "*GEN-ANX-CI-2015_1307795-20150216102054*" carpeta "*002. CD FOLIO 75*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE**. Contra la anterior decisión, la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación.

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

- **Sobre la pensión de sobrevivientes en vigencia del Decreto 3041 de 1966.**

La H. CSJ, de manera 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 ha ratificado en las sentencias SL1357 de 2022, SL1427 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras.

Las pensiones de sobrevivientes reguladas por el Acuerdo 224 de 1966 del ISS aprobado por el Decreto 3041 de 1966 se causan si el asegurado fallecido reúne las condiciones de tiempo y cotizaciones exigidas para la pensión de invalidez, conforme los artículos 5 y 20 de dicha norma, que exigen 150 semanas cotizadas en los 06 años anteriores al fallecimiento o 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, conforme la modificación implementada por el Acuerdo 019 de 1983 aprobado mediante el Decreto 232 de 1984.

- **Sobre la imposibilidad de aplicar la condición más beneficiosa para sumar tiempos públicos y privados para causar la pensión de sobrevivientes del Decreto 3041 de 1966.**

El artículo 16 CST, aplicables a asuntos del trabajo y de la seguridad social, indica que las normas que regulan dichas materias son de origen público y tienen efecto general inmediato, por lo que una vez promulgadas regulan las situaciones jurídicas en curso que no se hayan consolidado en vigencia de la normatividad anterior.

No obstante, considerando que la regulación de la pensión de sobrevivientes no consagró un régimen de transición y ello generó que

los afiliados con una expectativa legítima de acceder a la prestación al reunir la densidad exigida de semanas cotizadas fueran sorprendidos con el cambio de requisitos, se acudió a la figura de la condición más beneficiosa para proteger dichas expectativas, la cual permite aplicar la **normatividad anterior** aun en vigencia de las nuevas disposiciones que regulan la prestación.

En todo caso, la H. CSJ, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social, ha advertido enfáticamente que la condición más beneficiosa no permite al Juez una búsqueda histórica de todas las normas que han regulado la prestación, porque **solo permite aplicar la normatividad inmediatamente anterior** a la vigente, tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad 32.642 del 09 de diciembre de 2008, SL5202 de 2020, SL2538 de 2021, SL2610 de 2021, SL1523 de 2022, entre otras.

La imposibilidad de acudir a regímenes anteriores al inmediatamente precedente deriva de que la condición más beneficiosa minimiza la rigurosidad del principio de aplicación general e inmediata de la Ley a favor de aquellos con una expectativa legítima, siendo una medida restringida, excepcional y limitada en el tiempo so pena de que bajo el pretexto de proteger se amparen derechos que no son derechos obstaculizando el relevo normativo.

Para el caso especifico de las pensiones de sobrevivientes causadas en vigencia del Decreto 3041 de 1966, la H. CSJ concluyó en la sentencia SL2304 de 2021 al resolver las suplicas de la parte actora de aplicar el principio de condición más beneficiosa y reconocer la pensión de sobrevivientes por un fallecimiento ocurrido en 1988, que no es viable tal acumulación en vigencia de los Decretos 3041 de 1966 y 232 de 1984, por cuanto el artículo 32 de dicha norma indicó expresamente que los recursos para financiar las prestaciones derivan de las cotizaciones calculadas actuarialmente y del rendimiento de la inversión de las reservas de dicho seguro, mientras que el artículo 35 señaló con claridad que no se pueden aumentar o modificar las

prestaciones cobijadas por el reglamente del ISS sin un análisis actuarial de la situación financiera y consecuencias económicas de dichos ajustes, lo cual permitió concluir a la Corte que el reglamento vigente durante los Decretos antes mencionados no incluyó los tiempos públicos del afiliado como fuente de financiación de las prestaciones

Así las cosas, concluyó la H. CSJ que la acumulación de tiempos públicos y privados, en lo que respecta a las prestaciones sufragas por el ISS, fue posible hasta la expedición del Acuerdo 049 de 1990 del ISS aprobado mediante Decreto 758 de 1990, el cual no determinó expresamente los recursos de financiación y por ende no prohibió acudir a los tiempos públicos cuando se aplica dicho régimen en virtud del régimen de transición o de la condición más beneficiosa, por cuanto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 permite expresamente tal acumulación.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, revisada la historia laboral del causante no queda duda alguna de que aportó para el extinto ISS hoy **COLPENSIONES** un total de 260,43 semanas cotizadas, de las cuales 104 semanas fueron cotizadas entre el 20 de abril de 1981 y el 20 de abril de 1987 (archivo "*GRP-SCH-HL-2016_1904337-20160226045734*" carpeta "*002. CD FOLIO 75*").

La anterior circunstancia es relevante, por cuanto al fallecer el causante 20 de abril de 1987 (archivo "*GEN-ANX-CI-2015_1307795-20150216102054*" carpeta "*002. CD FOLIO 75*"), para ese entonces la pensión de sobrevivientes estaba regulada por el Acuerdo 224 de 1966 del ISS aprobado por el Decreto 3041 de 1966 modificado por el Acuerdo 019 de 1983 aprobado mediante el Decreto 232 de 1984, por cuanto la H. CSJ ha sostenido pacíficamente que dicha pensión se regula por la normatividad vigente al momento de muerte del causante.

Dichos Decretos consagran que la pensión de sobrevivientes a los familiares del asegurado fallecido se genera si este cotizó 150

semanas cotizadas en los 06 años anteriores al fallecimiento o 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, conforme los artículos 5 y 20.

Ahora bien, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicita aplicar el principio de condición mas beneficiosa y considerar los tiempos públicos del causante al momento para determinar que reúne las semanas exigidas para causar la pensión de sobrevivientes o, en su defecto, aplicar el Decreto 758 de 1990 que si permite la acumulación de tiempos públicos y privados.

De entrada anuncia la Sala que rechazará las suplicas de la apoderada apelante, primero, porque no es viable el uso del principio de condición más beneficiosa para acudir a una normatividad posterior a la que regula la prestación, por cuanto tal figura protege las expectativas legitimas de quienes resultan afectados por la variación de las condiciones para causar la pensión de sobrevivientes debido a un cambio normativo que no implementa un régimen de transición, **permitiendo que la normatividad inmediatamente anterior** regule aspectos sometidos a la nueva ley.

Así las cosas, el principio de condición más beneficiosa permite, de manera excepcional, inaplicar el principio de aplicación general e inmediata de la nueva ley a las situaciones no consolidadas y en su lugar **acudir a la norma inmediatamente anterior** para proteger expectativas legitimas de quienes cumplían los requisitos establecidos por la norma derogada, por tanto, dicha figura no tiene por objetivo aplicar la norma futura a la que rige actualmente la prestación, por la sencilla pero contundente razón de que al ser inciertos y de imposible conocimiento los cambios que a futuro cause el relevo normativo, solo se puede alegar que hay expectativa legitima conforme la condiciones normativas vigentes y que al ser derogadas pasan a ser un régimen anterior cuya aplicación se puede reclamar en lugar de la norma que pasa a regular el asunto.

Es por ello que no existe precedente que avale el uso de la condición más beneficiosa para inaplicar el régimen vigente a la fecha de causación de una prestación para en su lugar aplicar el **inmediatamente posterior**, ya que las expectativas legitimas son un hecho cumplido que solo se pueden alegar conforme a un régimen que pierde vigencia, motivo por el cual no hay mérito para aplicar el Decreto 758 de 1990 para resolver la presente controversia. La norma aplicable no permite incluir los tiempos públicos del afiliado como fuente de financiación de las prestaciones y su acumulación, en lo que respecta a las prestaciones sufragas por el ISS, fue posible hasta la expedición del Acuerdo 049 de 1990 del ISS aprobado mediante Decreto 758 de 1990, el cual no determinó expresamente los recursos de financiación y ello permite considerar los tiempos públicos en tal régimen en virtud del régimen de transición o de la condición más beneficiosa, conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia apelada.

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

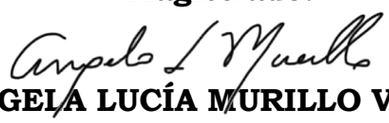
PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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 CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.28 2015 00550 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **OMAR MESA HOLGUIN** contra de la sentencia proferida el 04 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones (*min. 01:15, archivo "035.1 Audiencia 04 de junio de 2021" carpeta "C02Principal*").

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

OMAR MESA HOLGUIN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de ASESORES EN DERECHO S.A.S., FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., con el fin de que se condene al pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, indexación de la primera mesada pensional, diferencias pensionales, condenas extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que prestó sus servicios personales a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., mediante

contrato a término indefinido, desde el 02 de marzo de 1976 hasta el 13 de enero de 1992, teniendo como último cargo el de Jefe Ingeniero, vínculo laboral finalizado por renuncia voluntaria. Informó que FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. para efectuar la liquidación por retiro tomó un salario devengado en el último año de servicios de US$37.310.20, promedio mensual de US$3.109.18. Igualmente, la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. mediante acta de conciliación del 13 de enero de 1992, ante la Inspección 16 del Trabajo de Cali, se obligó a reconocer y pagar a su favor pensión proporcional de jubilación por retiro voluntario cuando cumpliera los 60 años de edad, lo que se dio el 21 de agosto de 2011.

Afirmó que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA mediante Resolución No.044 del 23 de septiembre de 2011, le reconoció la referida pensión a partir del 21 de agosto de 2011, en cuantía mensual de $4.533.174 pero que para liquidar la misma se tomó un salario inferior al realmente devengado y no aplicó indexación, liquidación que considera se debe realizar en la forma prevista por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con indexación desde la fecha del retiro hasta el día en que cumplió 60 años (*pág. 1 a 23, archivo "003demanda", carpeta "C05Principal*").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ASESORES EN DERECHO S.A.S., como mandataria con representación del patrimonio autónomo PLANFOTA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la entidad que tenía a cargo la pensión de jubilación y el reconocimiento pensional efectuado por el ISS, frente a los demás hechos relevantes los negó o manifestó no constarle. Como medio de defensa propuso las excepciones prescripción, buena fe, inexistencia del derecho reclamado, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante y la innominada o genérica (*pág. 93 a 102, archivo "005ContestacionDeDemanda", carpeta "C03Principal"*).

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos relevantes manifestó no constarle. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa y límite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz con relación a su subordinada que entra en insolvencia, (*pág. 3 a 24, archivo "001ContestacionDeDemanda", carpeta "C03Principal*").

FIDUPREVISORA S.A., actuando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Pensiones PANFLOTA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos relevantes manifestó no constarle. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y la innominada o genérica (*pág. 9 a 28, archivo "024ContestacionDeDemanda", carpeta "C05Principal"*).

Mediante providencia del 13 de octubre de 2016 se vinculó como litis consorcio necesario a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (*archivo "006AutoVinculandoOtrosAccionados*", *carpeta "C02Principal"*).

LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos relevantes manifestó no constarle. Como excepciones propuso las de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la genérica (*pág. 1 a 18, archivo "010ContestacionDeDemanda" carpeta "C02Principal").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:15, archivo "035.1 Audiencia 04 de junio de 2021" carpeta "C02Principal*").

El 04 de junio de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> "*PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su condición de vocera del PAR PANFLOTA, la COMPANIA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A representada por ASESORES EN DERECHO S.A.S MANDATARIA CON REPRESENTACION PANFLOTA y la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su condición de administrador del FONDO NACIONAL DEL CAFE por todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor OMAR MESA HOLGUIN. SEGUNDO: DECLARAR PROBADOS los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. TERCERO: Las COSTAS DE ESTA INSTANCIA se encuentran a cargo de la parte actora. Se señalan como agendas en derecho la suma de $300,000 a cargo de esta y a favor de cada una de las demandadas. CUARTO: En caso de no apelarse la presente decisión se deberá CONSULTAR con el Superior, en tanto le resulto totalmente adversa a los intereses del pensionado hoy demandante.*"

La Juez definió el problema jurídico en determinar si al demandante le asistía o no derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación y si para la fecha de reconocimiento se indexó la primera mesada pensional, de prosperar estudiar la procedencia de la indexación de las sumas causadas por diferencias.

Para resolver, señaló que la pensión de jubilación fue acordada por las partes en acta de conciliación a partir del cumplimiento de 60 años de edad del demandante, teniendo en cuenta el tipo de cambio oficial del Banco de la República, edad que el demandante cumplió el 21 de agosto de 2011 y fue a partir de allí cuando se reconocieron las mesadas pensionales; que en la Resolución No.044 de 23 de septiembre de 2011 se indicó que el trabajador devengó en el último año de servicios un promedio mensual de US $4.299.08, valor superior al solicitado por la parte actora, y conforme con la liquidación por retiro se corroboró que el demandante devengó en el último de servicios US $37.310.20, que corresponde a un promedio mensual de US $3.109.18, por lo que al ser

más favorable el calculado por el empleador, US $4.299.08, donde se incluyeron todos los factores salariales aplicables, no era procedente la reliquidación.

Frente a la indexación señaló que la pasiva convirtió en moneda nacional lo devengado por el trabajador con la tasa representativa vigente para el 21 agosto del 2011, conforme acuerdo conciliatorio, y no a la del año de 1992 cuando el trabajador se retiró de la empresa, por lo que en aplicación del precedente de la Sala Laboral de la CSJ señalado en sentencias 4975 de 2018, donde se reiteró lo dicho en la sentencia SL 2575 de 2015, sobre la no procedencia de la indexación del IBL cuando se convierte en pesos lo devengado en moneda extranjera, concluyó que ya se encuentra actualizada el valor de la mesada pensional pues la conversión de la moneda extranjera compensó la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentar, indicó que la pretensión está encaminada a que se indexe el IBL desde la fecha del retiro hasta el día en que el demandante cumplió la edad para tener derecho a la pensión, pues al realizar las operaciones aritméticas el dólar no equivale a la desvalorización del peso Colombiano. Expresó que en el acta de conciliación se pactó la tasa de cambio oficial la cual se modificó en el año 2002 cuando se estableció la tasa representativa del mercado, la cual es volátil, pues en el año 2002 la TRM equivalía a $2.850 por dólar y en el año 2011 cuando el demandante cumplió la edad de pensión el dólar había bajado a $1.779,05, por lo que hubo pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pidió que se convierta la moneda extranjera a moneda nacional a la fecha del retiro, 13 de enero de 1992 e indexarlo al año 2011, lo que equivaldría a un salario de $15.056.214,83 y una mesada pensional $8.524.828.83, a partir del 21 de agosto de 2011, por lo que solicitó se aplique esta conversión por favorabilidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS** solicitó que se confirme la decisión de primera instancia, ante la imposibilidad de reliquidación por indexación de la primera mesada pensional.

El apoderado de la demandada **FIDUPREVISORA S.A.** presentó alegaciones y en ellas solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que la decisión se encuentra ajustada a derecho.

El apoderado del demandante solicitó se revoque el fallo y en su lugar se condene a las demandadas a pagar el valor de las pretensiones formuladas en la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

ASESORES EN DERECHO S.A.S. en sus alegaciones solicitó conformar la decisión al considerar que la indexación no prospera al efectuarse la conversión de la moneda conforme a la Tasa Representativa del Mercado al haber devengado el demandante su salario en dólares americanos.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** 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 66 A procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente indexar la primera mesada pensional reconocida a favor del demandante, teniendo en cuenta los ingresos mensuales pagados en dólares americanos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** el demandante **OMAR MESA HOLGUIN** prestó servicios a FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA desde el 02 de marzo de 1976 hasta el 13 de enero de 1992 (*pág.66 a 68, archivo "003Demanda", carpeta "C05Principal"*); ***ii)*** el último cargo desempeñado por el actor fue el de Jefe Ingeniero (*pág.66 a 68, archivo "003Demanda", carpeta "C05Principal"*); y ***iii)*** que le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA en cumplimiento del acuerdo conciliatorio celebrado el 13 de enero de 1992, a partir del 21 de agosto de 2011, en cuantía inicial de $4.533.174, teniendo como base de liquidación el promedio de lo devengado en dólares americanos en el último año de servicios (*pág.66 a 68, archivo "003Demanda", carpeta "C05Principal"*).

- **Sobre la indexación de la primera mesada pensional**

La posición actual, sostenida y pacífica, tanto de la H. Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, señala que procede la indexación de la primera mesada pensional, con independencia de si la fecha de reconocimiento pensional lo fue con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 o de la Ley 100 de 1993, tal y como ha sido expuesto en las sentencias SU-1073 de 2012, SL rad. 514035 del 5 de junio de 2012, SL698 de 2013, SL4106 de 2014, SL1361 de 2015, SL13076 de 2016,

SL3191 de 2018, SL2880 de 2019, SL649 de 2020, SL1222 de 2021, SL2950 de 2021, entre otras.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha hecho énfasis de que la indexación de la primera mesada pensional procede cuando entre el retiro del servicio y el goce de la prestación existe una solución de continuidad que genere un desmedro del valor adquisitivo de la base salarial sobre la cual se calculó el valor de la pensión, caso en el cual se actualizará dicho índice multiplicando el valor del salario por el cociente que resulta de dividir el IPC final (estructuración del derecho) sobre el IPC inicial (fecha del último salario o desvinculación), correspondiendo dichos índices a los del 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, tal y como reafirmó la alta Corporación en las sentencias SL4629 de 2016, SL1367 de 2020, SL3612 de 2020, entre otras.

Sin embargo, la misma Sala de Casación Laboral ha reiterado que si se acordó que la pensión de jubilación se reconocería teniendo en cuenta la tasa de cambio oficial, no procede la indexación del ingreso base de liquidación, toda vez que esta moneda claramente conserva mejor su capacidad adquisitiva y no se devalúa en la misma magnitud que el peso de la economía Colombiana, caracterizada por ser altamente inflacionaria, de manera que la posible pérdida del poder adquisitivo de la pensión se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares a pesos colombianos, posición reiterada en sentencia SL4975 de 2018, donde se rememoró la sentencia SL2575 de 2015.

CASO CONCRETO

Así las cosas y teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial referido, se advierte que, conforme lo probado en el expediente, durante el último año de servicios a favor de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., el demandante OMAR MESA HOLGUIN devengó su salario en dólares americanos, teniendo como promedio

mensual la suma de US $3.109.18, según liquidación de fecha 9 de enero de 1992, realizada por la Gerencia de Recursos Humanos, de la referida compañía (*pág. 63 y 64, archivo "003Demanda", carpeta "C05Principal*").

De igual forma, mediante acuerdo conciliatorio celebrado el 13 de enero de 1992, el empleador FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. reconoció a favor del demandante el derecho a devengar una pensión proporcional jubilatoria una vez cumpla los 60 años de edad, liquidada con el cambio oficial del Banco de la República, vigente al momento en que se configure la obligación (*pág.66 a 68, archivo "003Demanda", carpeta "C05Principal*"), prestación pensional que se materializó a través de la Resolución No.044 del 23 de septiembre de 2011, donde se convirtió el promedio salarial mensual devengado en dólares por el demandante a pesos colombianos, aplicando la Tasa Representativa del Mercado del 21 de agosto de 2011.

Del examen de los citados documentos, la Sala confirmará la decisión absolutoria de primera instancia por cuanto en este tipo de casos, cuando el trabajador devenga el equivalente a dólares americanos, el Ingreso Base de Liquidación para obtener la primera mesada pensional no puede actualizarse con el índice de precios al consumidor, pues la conversión en sí misma a moneda local, contrarresta la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo, fin de la indexación. Lo anterior, si se tiene en cuenta la revaluación que, frente a dicha moneda, ha sufrido el peso colombiano, conforme lo referido en la citada jurisprudencia.

También se debe tomar en consideración para estos efectos, el artículo 79 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, *Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales*, que dispone "*Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana la tasa de cambio*

representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.".

Y si bien, la CSJ ha señalado que la opción de pago en moneda nacional o extranjera corresponde exclusivamente al trabajador, sin que pueda el empleador o, aún el juez, arrogársela, en virtud de la interpretación al artículo 135 del CST (SL 34274 de 2011 y AL2488 de 2014), en este caso, fue por voluntad de las partes que acordaron ante el Inspector del Trabajo que la pensión proporcional jubilatoria se pagaría teniendo en cuenta el tipo de cambio oficial del Banco de la República al momento del pago de la prestación, como en efecto ocurrió con el acto de reconocimiento pensional en el año 2011, y no al retiro del trabajador, motivo por el cual, al no desconocerse el acuerdo conciliatorio, las partes quedaron sometidas a lo expresamente pactado.

Ahora, la tasa de cambio representativa del mercado no la certifica el Banco de la Republica sino la Superintendencia Financiera de Colombia, quien la fija diariamente con base en la información disponible y la reglamentación expedida por el referido Banco, en los términos del artículo 80 del de la Resolución Externa No.8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, vigente para el año 2011, por lo que no se vislumbra irregularidad alguna en la liquidación de la mesada pensional de jubilación reconocida al demandante, no siendo viable la indexación pues, se insiste, la conversión de la moneda extranjera compensa los efectos de los fenómenos inflacionarios.

Tampoco encuentra la Sala un conflicto normativo o de interpretación que predique la aplicación del principio de favorabilidad alegado por el recurrente, en los términos del artículo 53 Constitucional y 21 del CST.

Bajo el anterior análisis, se confirmará la sentencia 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 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28-2020-00407-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** contra la sentencia del 07 de septiembre de 2022 del Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que la pensión de jubilación se causó el 27 de junio de 1999, ordenó el pago de la mesada #14 desde junio de 2008 debidamente indexada, declaró prescritas las mesadas adicionales anteriores a 2016 y condenó en costas a la **DEMANDADA** (21:45 archivo "*15Audiencia*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivos "*01Demanda*" y "*05Subsanacion*).**

JUAN BAUTISTA TRONCOSO solicitó declarar que fue retirado del servicio por la liquidación de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO el 27 de junio de 1999, siendo beneficiaria de la pensión convencional del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998 a 1999 por haber laborado

20 años en dicha Entidad, prestación reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1º de 2005, por lo cual tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14 adicional de junio a partir del 23 de mayo de 2008, fecha en que cumplió 55 años, en consecuencia, condenar al retroactivo de la mesada #14 desde 2008, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que prestó servicios por más de 20 años a la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, relación que finalizó el 27 de junio de 1999, adquiriendo el derecho a la pensión de convencional consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1998 a 1999, cuyo disfrute inició el 23 de mayo de 2008 al cumplir 55 años. Afirmó que mediante Resolución 2457 del 19 de noviembre de 2008 del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se reconoció pensión de jubilación convencional desde el 23 de mayo de 2008, sin incluir la mesada 14 adicional de junio.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 2 a 5 archivo "*09contestacionUGPP*").**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al tiempo de servicio del **DEMANDANTE** y edad a la fecha de terminación del vínculo con la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, que se le reconoció pensión convencional de jubilación y que negó la solicitud de pago de la mesada 14 adicional de junio. Indicó que la vinculación terminó el 27 de junio de 1999, fecha en la que el **DEMANDANTE** no tenía 55 años, los cuales cumplió el 23 de mayo de 2008, instante a partir del cual adquirió derecho a la pensión convencional por cuantía inicial de $1.962.328,71, cifra superior a 3 smlmv ya que el salario mínimo para 2008 era de $461.500, motivo por la cual la Resolución 2457 del 19 de noviembre de 2008 no reconoció la mesada 14 conforme el Acto

Legislativo 1º de 2005. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (21:45 archivo "*15Audiencia*").

El 07 de septiembre de 2022, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *que el demandante el señor JUAN BAUTISTA TRONCOSO causó su derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 27 de junio de 1999, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar al demandante señor JUAN BAUTISTA TRONCOSO la mesada catorce a partir del mes de junio de 2008, de manera indexada, conforme las consideraciones dadas en esta sentencia.* ***TERCERO: DECLARAR*** *probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas adicionales de junio causadas con anterioridad al año 2016, conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión y declarar no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.* ***CUARTO:*** *las costas de esta instancia están a cargo de la demandada, señalándose como agencias en derecho la suma de $1000.000 a cargo de ésta y a favor de la parte actora.* ***QUINTO:*** *Sino fuere apelada la presente sentencia, se deberá consultar con e superior en tanto le resultó adversa a los intereses de la ENTIDAD DEMANDADA. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar la fecha de causación de la pensión convencional de jubilación del **DEMANDANTE** para establecer si tiene derecho a la mesada 14 y demás pretensiones.

Para resolver señaló que la pensión convencional de jubilación del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo de 1998 a 1999 tiene la edad como requisito de disfrute y no de causación, por tanto, la pensión se causó con 20 o más años de servicios a la CAJA AGRARIA y la terminación del vínculo, que ocurrió el 27 de junio de 1999, para cuando no estaba vigente el Acto Legislativo 1º de 2005 y hay derecho a la mesada 14 a partir de 2008 cuando se alcanzó 55 años y como la reclamación se radicó el 29 de enero de 2020, prescribieron mesadas y solo se deben pagar las mesadas 14 desde 2017.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** solicitó revocar el fallo. Indicó que según los lineamientos de la Entidad, no se cumplen los requisitos para la mesada #14 porque el Acto Legislativo 1° de 2005 exige 2 requisitos, el primero es acceder a la pensión antes de la vigencia del Acto y el segundo que la pensión no supere 3 SMLMV, presupuestos que no se cumplen porque la Resolución 2457 de 2008 reconoció la pensión en 2008, luego del Acto Legislativo 1° de 2005, siendo la mesada superior a 3 SMLMV, por tanto no hay mérito para reconocer la mesada adicional de junio y la **UGPP** la negó conforme derecho y no proceden las condenas (23:23 archivo "*15Audiencia*").

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 la **UGPP** solicitó acceder a su recurso y revocar el fallo, reiterando los argumentos expuestos al sustentar la apelación. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, su calidad de administradora de derecho público administradora de recursos para el pago de pensiones permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la condena de la **DEMANDADA** al reconocimiento de la mesada 14 y pago del respectivo retroactivo pensional, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **JUAN BAUTISTA TRONCOSO** nació el 23 de mayo de 1953 (Pág. 4 archivo "*02Anexos*"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** laboró en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 18 de mayo de 1976 y el 27 de junio de 1999, para un total de 23 años y 40 días, conforme lo señalado en la Resolución 2457 del 19 de noviembre de 2008 (Pág. 70 a 76 archivo "*09contestacionUGPP*"); ***iii)*** mediante la Resolución 2457 del 19 de noviembre de 2008 del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, se reconoció la pensión convencional de jubilación a partir del 23 de mayo de 2008, conforme el artículo 41 de la Convención Colectiva de 1998-1999 (Pág. 70 a 76 archivo "*09contestacionUGPP*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró que la pensión de jubilación se causó el 27 de junio de 1999, ordenó el pago de la mesada 14 desde junio de 2008 debidamente indexada, declaró prescritas las mesadas adicionales anteriores a 2016 y condenó en

costas a la **DEMANDADA**. Contra la anterior decisión, la **DEMANDADA** presentó recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **La edad como requisito de disfrute de la pensión convencional de jubilación del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 de la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO.**

La extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO – CAJA AGRARIO suscribió con el SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRACREDITARIO la Convención Colectiva de Trabajo de 1998-1999, la cual consagró en su artículo 41 que a partir del 16 de enero de 1999 los trabajadores cuando cumplan 20 años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados el último año de servicios.

Sobre la interpretación y alcance del artículo 41 convencional antes citado, la H. CSJ ha sostenido que la pensión convencional de jubilación allí consagrada tiene como requisitos de causación haber prestado 20 años de servicios a la empresa y la desvinculación del trabajador, siendo la edad una mera condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, por cuanto en criterio de la Corte la edad pensional no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, tal y como ha sido reiterado en las sentencias SL526 de 2018, SL880 de 2020, SL3587 de 2020, SL2507 de 2022, SL3236 de 2022, SL3504 de 2022, entre otras.

- **Sobre el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14).**

El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 reconoció el pago de una mesada adicional en junio a favor de todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público, oficial y semioficial en todos sus órdenes, en el sector privado, por el ISS, retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

La precitada mesada adicional de junio, coloquialmente llamada mesada 14, fue eliminada por el Acto Legislativo 1º de 2005, por cuanto las pensiones causadas a partir de la vigencia del mismo (29 de julio de 2005) no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas causadas antes del 31 de julio de 2011 por un valor igual o inferior a 03 SMLMV, caso en el cual se conservaría el derecho a la mesada adicional de junio.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que la demandada **UGPP**, en virtud del Decreto 2842 de 2013, recibió desde diciembre de 2013 la función de reconocer y administrar la nómina de pensionados a cargo hasta entonces del FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA por los antiguos servidores públicos de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO.

Así las cosas, procede la Sala a verificar la validez de la condena impuesta a la **UGPP** relativa al reconocimiento de la mesada 14 y pago del respectivo retroactivo pensional, siendo relevante considerar que no hay duda alguna de que el demandante **JUAN BAUTISTA TRONCOSO** laboró en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 18 de mayo de 1976 y el 27 de junio de 1999, para un total de 23 años y 40 días, conforme lo señalado en la Resolución 2457 del 19 de noviembre de 2008 (Pág. 70 a 76 archivo "*09contestacionUGPP*").

Atendiendo el tiempo de servicio a la Caja al momento de la desvinculación del **DEMANDANTE**, concluye esta Corporación de que al 27 de junio de 1999 causó el derecho a la pensión convencional de jubilación consagrada en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO, conforme el entendimiento y alcance que de dicha norma ha efectuado la H. CSJ en las sentencias SL526 de 2018, SL880 de 2020, SL3587 de 2020, SL2507 de 2022, SL3236 de 2022, SL3504 de 2022, entre otras.

Conforme la regla jurisprudencial adoptada en las precitadas providencias, la pensión convencional de jubilación bajo estudio tiene como requisitos de causación haber prestado 20 años de servicios a la Caja y la desvinculación del trabajador, siendo la edad una mera condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, por cuanto en criterio de la Corte la edad pensional no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa.

Esta Corporación comparte el criterio jurisdiccional de la H. CSJ y, en consecuencia, se rechaza la tesis de la apelación de la **UGPP** de que la pensión se causó el 23 de mayo de 2008 cuando el **DEMANDANTE** cumplió 55 años, por cuanto tal prestación se causó desde la desvinculación del trabajador a la extinta CAJA AGRARIA y si bien para entonces no se había alcanzado la edad, tal requisito no es de causación sino de disfrute de la prestación.

En consecuencia, en nada interesa si el lineamiento de la **UGPP** es considerar la edad como requisito de causación de la pensión convencional de jubilación bajo estudio, por cuanto la H. CSJ estableció que la edad es solo un requisito de disfrute.

Por lo anterior, al haber sido causada la pensión el 27 de junio de 1999, tal prestación se configuró antes de la expedición del Acto Legislativo 1º de 2005 y, en consecuencia, el derecho a la mesada 14

del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 no se fio afectado, por lo cual no queda opción distinta que confirmar el fallo de primera instancia.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala modificará el numeral tercero, en el sentido de precisar el alcance de la prescripción del retroactivo de las mesadas 14, por cuanto la reclamación administrativa se radicó el 29 de enero de 2020 (Pág. 11 a 14 archivo "*02Anexos*"), por ende, conforme los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS, se interrumpió el término de prescripción trienal, estando prescritas las mesadas adicionales de junio anteriores al 29 de enero de 2017.

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 tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción de las mesadas adicionales de junio (mesada 14) causadas con anterioridad al 29 de enero de 2017, así mismo, declarar no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada **UGPP**, conforme la parte considerativa de esta providencia.

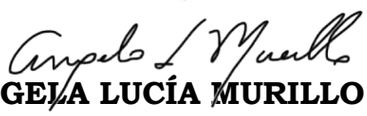
SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

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.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.28-2021-00224-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 29 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante DORIS REY USME del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por **PORVENIR S.A**., declaró a la demandante válidamente vinculada al RPM, ordenó a **PORVENIR** trasladar a COLPENSIONES todas los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, declaró no probadas las excepciones e impuso costas a las demandadas (*min. 57:35, archivo "15Audiencia"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

DORIS REY USME presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de la afiliación del régimen pensional que hizo al RAIS a través de PORVENIR, se condene a las AFP a devolver a COLPENSIONES todas las suma de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual, junto con todos sus rendimientos y a COLPENSIONES a activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado y al reconocimiento de la pensión de vejez, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 25 de agosto de 1964, ingresó al RAIS el 08 de marzo de 2005 con PORVENIR S.A. y cuenta con más de 1.582 semanas; que para el año 2005 en visita colectiva varios asesores comerciales de PORVENIR le informaron que el régimen de ahorro individual contenía muchas ventajas, que podía obtener una pensión mucho mejor y a la edad que quisiera, y así se afilió, pero que no se le explico cómo se pensionaria, tampoco se le indicó sobre las desventajas ni las implicaciones del traslado, las diferencias con el RPM, los montos pensionales y sobre la posibilidad de regresarse al RPM, por lo que renunció sin saberlo a la expectativa legítima de ser beneficiaria de una pensión digna acorde al salario y tiempo laborado, como consecuencia de la falta de información veraz por parte del asesor de la AFP *"pág. 2 a 16, archivo "01Demanda"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relacionado con la afiliación de la demandante al nuevo sistema pensional, 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. 1 a 35, archivo "09ContestacionPorvenir"*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad de la demandante, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia afectación por

protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica (*pág. 2 a 15, archivo "10ContestacionColpensiones*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 57:35, archivo "15Audiencia")

El 29 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiocho (28) 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 DORIS REY USME al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de mayo de 2005, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo como se dijo en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora DORIS REY USME quien se identifica con C.C. 21.060.919 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado. **QUINTO:** Las COSTAS DE ESTA INSTANCIA están a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. señalándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, en tanto le resulto adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES."*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si resulta ineficaz el traslado de la demandante del RPM al RAIS ante la supuesta omisión del deber de información de la AFP PORVENIR S.A. al momento de efectuarse el cambio de régimen pensional.

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 condiciones en que se le dio el traslado de régimen y sobre la verdadera situación que tenía en los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviera debidamente informada y escogiera el régimen que más le conviniera, que como tal aspecto no ocurrió y no se allegó prueba alguna para acreditar esa obligación, en los términos ordenados por la jurisprudencia, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, disponiendo el regreso automático de la demandante al RPM, siendo obligación de Porvenir trasladar los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que deberá activar la afiliación de la demandante y proceder a actualizar su historia laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Afirmó que en la sentencia no se tomó en consideración las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, por lo que solicita se tenga en cuenta las obligaciones legales que tenía directamente la demandante, al presentarse un silencio del consumidor financiero en el tiempo por no tener una adecuada atención y revisión de su negocio jurídico; que la responsabilidad objetiva endilgada a Colpensiones y los riesgos que se encuentran en el RPM deberían ser asumidos por la AFP PORVENIR por no tener una adecuada atención en su nivel de asesoría; que la relación contractual que tuvo la demandante con el fondo privado es totalmente externa a COLPENSIONES y no puede verse afectada al tener que recibir la carga prestacional de la demandante, toda vez que esto genera una afectación en la estabilidad financiera del fondo común, lo que puede generar su descapitalización (min. 59:42 archivo “15Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la doctora Paula Huertas Borda, identificada con CC 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C.S.J., allegó certificado de existencia y representación legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., quien ejerce la representación judicial de PORVENIR S.A., donde aparece inscrita como abogada de dicha firma, por lo que se le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia en representación de PORVENIR S.A., quien en el escrito de alegatos, y a pesar de no haber presentado recurso alguno, solicitó revocar la sentencia al considerar que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional. Las demás partes no presentaron escrito de intervención.

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A**., conforme lo alegado en el recurso 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 la demandante **DORIS REY USME**: ***i)*** nació el 25 de agosto de 1964 (*expediente administrativo, archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211_2136-20211124083736", aceptado por COLPENSIONES*).; ***ii)*** se afilió al ISS a partir del 19 de agosto de 1988 (*expediente administrativo, archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211_2136-20211124083736"*); ***iii)*** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 18 de marzo de 2005, efectivo desde el 1º de mayo de 2005 (*pág. 66 y 71, archivo "09ContestacionPorvenir*"), donde sigue vinculada.

En la sentencia de primera instancia se declaró ineficaz el traslado 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 y COLPENSIONES. Decisión contra la cual **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación.

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

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

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

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la*	*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*

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 la **AFP PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible a la **DEMANDANTE** sobre 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.

De otra parte, la **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que los asesores de la **AFP PORVENIR** se limitaron a indicarle que en dicho fondo iba a tener muchas ventajas y que obtendría una pensión más rápido y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de la **DEMANDADAS**.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados por COLPENSIONES en el recurso 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 afiliada al RPM.

Tampoco se accede a la suplicas de la **DEMANDADA** 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, no ejercer sus obligaciones como consumidor financiero, 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. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden dada en la sentencia respecto de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y actualizar su historia laboral, conlleva la reactivación de la afiliación en el RPM 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 la **DEMANDADA**, 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.

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: ADICIONAR 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 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, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva.

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 el voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DORIS REY USME
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2021 00224 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.29 2020 00371 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta contra la sentencia del 27 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión del demandante JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO con una tasa de remplazo del 90%, retroactivo de las diferencias en las mesadas pensionales pagadas, indexadas, y costas procesales en cuantía de $500.000 (*min. 26:00*, *archivo "012VideoAudienciaSentencia20210927").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare que

tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez con una tasa de remplazo del 90% del Ingreso Base de Liquidación de los últimos 10 años de cotización, que se condene a la demandada al pago de las diferencias en las mesadas pensionales debidamente indexadas, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en el hecho de que nació el 12 de julio de 1953; prestó sus servicios al departamento de Norte Santander desde el 04 de marzo de 1972 al 28 de febrero de 1978 cotizado a la caja de previsión departamental, se vinculó al Senado de la Republica desde el 07 de septiembre de 1978 hasta el 08 de octubre de 1990 y laboró para INDERENA desde el 09 de noviembre de 1992 hasta el 16 de mayo de 1993; que cotizó a COLPENSIONES un total de 586,29 semanas entre el año 1978 al 2014, que COLPENSIONES mediante Resolución GNR17821 del 27 de enero de 2015 le reconoció pension de vejez bajo los postulados de la Ley 71 de 1988 aplicando una tasa de remplazo del 75%; y que a través de radicado 2020_10781263 solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pension de vejez con una tasa de remplazo del 90%.*(pág. 2 a 5 Archivo "001Demanda.pdf").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, el reconocimiento de la pensión de vejez y la reclamación administrativa presentada el 23 de octubre de 2020, frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Como medio de defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden publico y la innominada o genérica *(pág. 2 a 9 archivo "003ContestacionColpensiones.pdf").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 26:00, archivo "012VideoAudienciaSentencia20210927").*

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de septiembre de 2021, profirió fallo con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO**: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de su representante legal o por quien haga sus veces a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO a partir del 25 de enero de 2015 en cuantía inicial de $2.483.735,4 suma que deberá aplicarse los respectivos aumentos anuales que determine el gobierno y que para el año 2021 corresponde a $ 3.128.341. **SEGUNDO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 de octubre de 2017. **TERCERO**: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de su representante legal o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al demandante JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO el respectivo retroactivo causado sobre la diferencia de las mesadas pensionales causadas desde el 23 de octubre de 2017 hasta la mesada de septiembre del año 2021, suma que corresponde a $27.626.969 la cual deberá ser indexada según el IPC certificado por el DANE y las diferencias que se sigan causando hasta que sea incluido en nómina el reajuste. **CUARTO:** CONDENAR a Colpensiones al pago de las costas del proceso fijando como agencias en derecho la suma $500.000. **QUINTO:** de no ser apelada la presente sentencia CONSÚLTESE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá."*

El Juzgado fijó el problema jurídico en definir si al demandante le asiste el derecho a que le sea reliquidada la pension de vejez en un porcentaje del 90% del IBL conforme al Decreto 758 de 1990 y, como consecuencia, si hay lugar a pagar las diferencias en la mesada pensional que se viene reconociendo al demandante.

Para resolver, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha sido pacifica en determinar que se pueden computar tiempos públicos y privados para que la pension de vejez sea reconocida bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, por lo anterior indicó que el demandante nació el 12 de junio de 1953, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 40 años de edad, que es beneficiario

del régimen de transición y este se le extiende hasta el 31 de diciembre de 2014, que acreditó 60 años de edad el 12 de junio de 2013, por lo que el demandante cumple con los requisitos para que le sea reconocida la pension bajo los postulados del citado Acuerdo por cuanto acredita más de 60 años de edad y más de las 1.000 semanas de cotización, siendo procedente reliquidar su pensión con una tasa de reemplazo del 90% sobre el IBL en los últimos 10 años de servicio que corresponde a $2.759.706 por lo que arroja una mesada inicial de $ 2.483.735,4 para el año 2015.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcialmente contra la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la condena en costas. Para sustentar, indicó que COLPENSIONES ha actuado de buena fe de conformidad con los lineamientos vigentes para la época de la reclamación administrativa y de conformidad con las disposiciones jurídicas y jurisprudenciales, que conforme al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia en su inciso 4° refiere que no podrán destinarse los recursos de las entidades públicas para actos diferentes como en el presente caso al pago de Costas o agencias en derecho.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la 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 esta instancia, en su escrito de alegatos solicitó se revoque el fallo de primera instancia, incluyendo argumentos que no fueron objeto de recursos.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante en su escrito de alegatos de conclusión solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho al demandante a la reliquidación de la pension de vejez bajo las prerrogativas del Acuerdo 049 de 1990, aplicando el IBL de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 90% con su correspondiente retroactivo e indexación, y determinar si es dable la condena en costas impuesta a COLPENSIONES en la primera instancia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: ***i)*** JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO nació el 12 de julio de 1953 *(pág. 6, Archivo "001Demanda.pdf");* ***ii)*** se afilió al ISS hoy Colpensiones el 15 de agosto de 1978 *(pág. 14 a 20, archivo "001Demanda.pdf");* ***iii)*** el demandante cotizó un total de 581,29 semanas al ISS hoy Colpensiones (*pág. 14 a 20 Archivo "001Demanda.pdf");* ***iv)*** acredita 1.529 semanas cotizadas en toda su vida laboral entre tiempos de servicios públicos no cotizados y tiempos de servicios privados cotizados a Colpensiones *(pág. 23 a 29 archivo "001Demanda.pdf");* ***v)*** que COLPENSIONES a través de Resolución GNR17821 del 27 de enero de 2015 reconoció al demandante pension de vejez bajo los postulados de la Ley 71 de 1988 con un IBL de $2.759.706 y una tasa de remplazo del 75% a partir del 24 de enero de 2015 *(pág. 23 a 29 Archivo "001Demanda.pdf");* ***vi)*** que el demandante a través de radicado 2020_10781263 de fecha 23 de octubre de 2020 solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pension de vejez con una tasa de remplazo del 90% conforme al Decreto 758 de 1990 *(pág. 30 Archivo "001Demanda.pdf").*

Así, procede la Sala a resolver el recurso de apelación de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor atendiendo a las siguientes consideraciones:

- **De la reliquidación de la pensión de vejez bajo los postulados de Decreto 758 de 1990.**

La Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, cambio su línea jurisprudencial en el sentido de establecer que los beneficiarios del regimen de transición pueden obtener la pension de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contabilizando semanas cotizadas o tiempos de servicios no cotizados con empleadores públicos y servicios cotizados con empleadores privados,

criterio que ha sido reiterado en sentencias SL185 de 2021 y SL3094 de 2022, entre otras. Por ende, si un afiliado beneficiario del regimen de transición reúne los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin importar si son semanas publicas o privadas, sufragadas o no a una caja, tiene derecho a la aplicación de dicha normativa y a la tasa de remplazo conforme al artículo 20 *ibidem*.

CASO CONCRETO

Al descender al caso bajo estudio atendiendo los postulados jurisprudenciales, es claro que el demandante JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO, tiene derecho a que se le estudie la pension de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición, contabilizando las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social, con las cotizadas en COLPENSIONES.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del regimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen reconocido por Colpensiones en el acto administrativo de reconocimiento pensional y que no fue objeto de reproche por ninguna de las partes, establece como requisitos para acceder a la pension de vejez para el caso de los hombres 60 años de edad y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida,

En este asunto, JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO nació el 12 de julio de 1953 *(pág. 6, archivo "001Demanda.pdf"),* por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 acreditaba más de 40 años de edad, además a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con 7.735 días o 1105 semanas cotizadas *(pág. 23 a 29, archivo "001Demanda.pdf"),* razón por la cual el regimen de transición se le extiende hasta el 31 de diciembre de 2014. El 12 de julio de 2013, el demandante contaba con 60 años de edad y 1.489

semanas cotizadas, razon por la cual cumple con los presupuestos necesarios para acceder a la pension de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de remplazo del 90% por acreditar más de 1.250 semanas cotizadas en toda su vida laboral *(pág. 23 a 29 Archivo "001Demanda.pdf")* conforme lo dispuesto en el artículo 20 Titulo II del citado Acuerdo.

- **Sobre el valor de la mesada pensional**

Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión el IBL obtenido por Colpensiones en la Resolución GNR17821 del 27 de enero de 2015, procede la Sala a determinar el valor de la primera mesada pensional para el año 2015 de la siguiente manera:

IBL $2.759.706 x 90% = $ 2.483.735,54

Conforme a lo anterior, el valor de la primera mesada pensional corresponde a **$2.483.735,54** y la misma para el año 2022 asciende a la suma de **$3.355.208,17**, según la siguiente tabla:

AÑO	IPC AÑO ANTERIOR	VALOR MESADA PENSIONAL
2015	No Aplica	$2.483.735,54
2016	6,77%	$2.651.884,44
2017	5,75%	$2.804.367,79
2018	4,09%	$2.919.066,43
2019	3,18%	$3.011.892,75
2020	3,80%	$3.126.344,67
2021	1,61%	$3.176.678,82
2022	5,62%	$3.355.208,17

El juzgado de instancia definió como mesada pensional para el año 2021 el valor de $3.128.341 y liquidó el retroactivo pensional; la suma liquidada por la Sala para el año 2021, es superior a la obtenida por el *a quo*, sin embargo, dado que aspecto no fue objeto de apelación

por la demandante, en esta instancia se dejará incólume, pues el Tribunal no puede hacer más gravosa la situación de la parte en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional de consulta, en este caso COLPENSIONES.

Adicionalmente, no resulta pertinente tasar el retroactivo de las diferencias pensionales sin que se encuentre establecida la fecha en que la entidad demandada realizará el pago de las mismas, por lo que se modificará el alcance de la condena.

Se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del 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.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, 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 el demandante solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión de vejez el 23 de octubre de 2020 *(pág. 30 Archivo "001Demanda.pdf"),* y presentó la demanda el 30 de octubre de 2020 *(pág. 36 Archivo "001Demanda.pdf)* dentro de los 3 años siguientes a la reclamación administrativa, por lo anterior todas las diferencias en las mesadas pensionales causadas con

anterioridad al 23 de octubre de 2017 se encuentran prescritas, tal como lo determinó el *a quo* y por ende se confirmará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, para para resolver el argumento de apelación de la demandada **COLPENSIONES**, referido a que no es procedente la condena en costas impuesta en su contra, la Sala precisa que no le asiste razón por cuanto conforme al artículo 365 del CGP las mismas serán impuestas a la parte vencida en el proceso, por lo que al ser la condenada en el presente asunto debe asumir ese pago, siendo argumento suficiente para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

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 de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante **JUAN GUILLERMO MORA SALCEDO** el respectivo retroactivo generado por las diferencias sobre mesadas pensionales causadas desde el 23 de octubre de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y su inclusión en nómina de pensionados, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago, conforme al IPC

certificado por el DANE, Se **AUTORIZA** a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo del **DEMANDANTE** conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

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.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.31-2018-00345-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 interpuestos por la demandante ELIZABETH SIMANCA FLORIAN y por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contra la sentencia del 1° de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, condenó a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a incrementar la pensión en un porcentaje del 50% en favor de las menores N.V.G.S. y K.M.G.F., en calidad de hijas del causante, a partir del 18 de diciembre del 2009, y condenó en costas a la demandante en cuantía de ½ SMLMV *(min.29:45, archivo "045.Audiencia proceso ordinario")*.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ELIZABETH SIMANCA FLORIAN presentó demanda ordinaria laboral contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con el fin de que se declare que es cónyuge de CRISTIAN CAMILO GOMEZ

GALEANO (q.e.p.d.) y se condene a la demandada a pagarle, en calidad de cónyuge supérstite, la parte pensional que se encuentra en reserva, junto con las costas procesales.

Como fundamento fáctico, indicó que contrajo matrimonio con CRISTIAN CAMILO GOMEZ GALEANO (q.e.p.d.) el 07 de mayo de 2004, quien falleció por accidente de trabajo mientras laboraba para el empleador REQUERIMIENTOS TÉCNICOS LTDA.; que cuando el causante falleció ella tenía 21 años de edad, que en el expediente existen declaraciones extraproceso indicando que entre el causante y ella hubo una convivencia ininterrumpida, que convivió junto con su hija y el causante hasta el día del fallecimiento de éste, que ella y suhija menor dependían económicamente del causante; y por medio dela Resolución No.0465 del 9 de febrero de 2011, la entidad demandada negó la prestación económica (*Pág. 1 a 6, archivo "000.2018-345 ORDINARIO"*).

Mediante providencia del 03 de julio de 2018 se admitió la demanda y se ordenó vincular en calidad de litisconsortes necesarios a YURANY FELIZZOLA BUSTOS y su menor hija K.M.G.F., y a la menor N.V.G.S., a quien se le designó curador ad-litem (*pág. 25, archivo "000.2018-345 ORDINARIO"*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Mediante auto del 04 de octubre de 2018, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. *(Pág. 48, archivo "0000.2018-345 ORDINARIO").*

LA MENOR N.V.G.S.

El curador ad-litem de la menor N.V.G.S., señaló estarse a lo que se pruebe dentro del proceso, de los hechos manifestó no constarle

ninguno y propuso como excepción la innominada o genérica *(pág. 87y 88, archivo "0000.2018-345 ORDINARIO")*.

YURANY LISETH FELIZZOLA BUSTOS y la menor **K.M.G.F.**

La curadora ad-litem de las vinculadas, frente a las pretensiones, manifestó que se ceñía a lo que se pruebe en el proceso. En cuanto a los hechos aceptó el matrimonio entre la demandante y el causante y la fecha de fallecimiento del causante, propuso como excepciones las de prescripción y la innominada o genérica (*pág. 3 a 5 archivo 026. CONTESTACIÓN DEMANDA PROCESO*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 29:45 archivo "045.Audiencia proceso ordinario").

El 1° de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"PRIMERO: *ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante ELIZABETH SIMANCA FLORIAN a la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.* ***SEGUNDO:*** *CONDENAR a la demandada POSITIVA compañía de seguros S.A a incrementar el valor de la mesada pensional que le fue reconocida en la Resolución No.0465 del 09 de febrero del año 2011 a las menores N.V.G.S. y K.M.G.F. en calidad de hijas del causante incrementándose a cada una de ellas el valor de la mesada pensional en un 50% a partir del 18 de diciembre del 2009, momento del fallecimiento del causante.* ***TERCERO:*** *CONDENAR a la demandante ELIZABETH SIMANCA FLORIAN al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio SMLMV."*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar quienes detentan la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de CRISTIAN CAMILO GÓMEZ GALEANO (q.e.p.d.), sin desconocer que ya existe un primer reconocimiento a favor de las menores N.V.G.S. y K.M.G.F. en calidad de hijas del causante a quienes se les distribuyó el 50% de la pensión de sobrevivientes y se debe determinar a quién le corresponde el otro 50%, si a la demandante, la vinculada o si por el contrario la parte que fue asignada a los hijos deberá ser acrecentada *(07:46 archivo, "032. Audiencia proceso ordinario...).*

Para resolver, la Juez indicó que el causante falleció el 18 de diciembre de 2009, por lo que la norma aplicable es la Ley 776 de 2002 y la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, reformado por la Ley 797 de 2003, por cuanto la muerte del causante fue calificada de origen laboral, y al existir controversia entre ELIZABETH SIMANCA FLORIÁN y YURANI FELIZOLLA BUSTOS, POSITIVA dejó en suspenso el 50% restante del valor de la mesada pensional.

Señaló que la demandante acredita la calidad de cónyuge supérstite y que por ende debe demostrar un mínimo de 5 años de convivencia en cualquier tiempo, que del interrogatorio rendido por la demandante y la testigo aportada por ésta no se logra acreditar la convivencia entre el causante y la demandante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo ni con anterioridad a la muerte, igualmente que YURANY FELIZOLLA BUSTOS tampoco logra acreditar la convivencia mínima en calidad de compañera permanente y que como consecuencia el 50% que se encontraba en suspenso deberá ser pagado a las dos hijas menores del causante a quienes ya se les había reconocido un 25% a cada una, incrementándose así el valor de la mesada pensional a un 50% para cada una de ellas, a partir del momento del fallecimiento del causante, 18 de diciembre del año 2009.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de ELIZABETH SIMANCA FLORIAN presentó recurso de apelación. Para sustentar, indicó que la demandante no afirmó que el causante haya convivido con la señora Yurany; que se debe acreditar la convivencia por lo menos 5 años con el causante en cualquier tiempo y, en este caso, la demandante convivió en Usme y en Aguachica por un tiempo suficiente que traspasa o puede estar dentro de los 5 años que exige la norma. Dice que la demandante cumplió con el requisito de convivencia porque ni la contraparte ni las vinculadas lograron derruir que su representada no convivió los 5 años *(min. 33:58 archivo "045.Audiencia proceso ordinario")*.

El apoderado de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A** presentó recurso de apelación parcialmente contra el numeral segundo del fallo de primera instancia frente a la condena impuesta a esa entidad. Para sustentar, indicó que teniendo en cuenta que la demanda fue interpuesta exclusivamente por la señora Elizabeth Simanca y que no hubo pretensiones sobre el acrecentamiento de los derechos pensionales de las menores, no se puede emitir condena en este sentido en el presente proceso y que la litis solo debía resolver sobre la señora ELIZABETH SIMANCA, por lo que la decisión es contraria al principio de congruencia y consonancia (37:42 *archivo "045.Audiencia proceso ordinario")*.

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 parte demandante presentó sus alegatos de conclusión en donde solicita se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando lo argumentos expuestos en el recurso.

La curadora ad-litem de YURANY LISETH FELIZZOLA BUSTOS y la menor K.M.G.F. manifestó su conformidad con el fallo de primera instancia y se atiene al fallo de segunda instancia.

Las demás partes no presentaron alegatos de conclusión.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A**, en su calidad de Administradora de Riesgos Laborales 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.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante y/o la vinculada acreditan la condición de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite y/o compañera permanente del causante y si, en consecuencia, se debe condenar a la demandada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** a pagar el 50% de la mesada pensional que se encuentra en suspenso. En caso contrario, si es procedente acrecentar la mesada pensional de las menores beneficiarias a un 50% para cada una de ellas, a partir del 18 de diciembre de 2009, 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)*** CRISTIAN CAMILO GOMEZ GALEANO (q.e.p.d.) y la demandante ELIZABETH SIMANCA FLORIAN contrajeron matrimonio civil el 07 de mayo de 2004, vinculo conyugal vigente que no contiene nota alguna de divorcio o separación de cuerpos o bienes *(Pág. 11 archivo "000.201-345 ORDINARIO")*; ***ii)*** CRISTIAN CAMILO GOMEZ GALEANO (q.e.p.d.) falleció el 18 de diciembre de 2009 *(Pág. 13 y 14, archivo "000.201-345 ORDINARIO")*; ***iii)*** mediante dictamen No. 211799 de fecha 05 de marzo de 2010 emitido por POSITIVA fue calificada la muerte del causante de origen laboral *(Pág. 1 a 3, Carpeta "FOLIO 37", archivo "03 Dictamen")*; ***iv)*** mediante Resolución No.0465 del 09 de febrero de 2011 POSITIVA negó la pensión de sobrevivientes a la demandante y a la vinculada Yurany Liseth Felizzola Bustos y, en el mismo acto administrativo, otorgó pensión de sobrevivientes a las menores N.V.G.S. y K.M.G.F. en calidad

de hijas del causante y en un porcentaje del 25% para cada una, dejando en reserva el 50% de la mesada pensional por conflicto de beneficiarias hasta que la justicia ordinaria dirima dicho conflicto mediante sentencia ejecutoriada. *(Pág. 8 a 10 archivo "000.201-345 ORDINARIO").*

Así, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de POSITIVA y el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta atendiendo las siguientes consideraciones:

- Sobre la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge y/o 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.

El artículo 11 de la Ley 776 de 2002 establece que, si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

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 100de 1993, consagran como beneficiarios de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido. Dicha norma señala al cónyuge y compañero permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia de 5 años.

Adicionalmente, la norma establece que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite (del afiliado o

pensionado) que tenga menos de 30 años de edad al fallecimiento del causante, pero hubiere procreado hijos con éste.

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 dela 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 H. CSJ ha señalado en diversos pronunciamientos que el requisito de convivencia solo debe acreditarse si el causante de la pensión de sobrevivientes es un pensionado. En efecto, advierte esta Corporación, que en las sentencias SL1730 de 2020 (sin efecto en virtud de la sentencia CC SU149/2021), SL3843-2020, SL3785-2020, SL4606-2020, SL489-2021, SL362-2021, SL1905-2021, SL2222-2021 y SL5270 de 2021 se señaló que para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que conla simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a),la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en la normatividad.

La Sala no desconoce el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el tiempo de convivencia mínima de cinco (5) años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado. No obstante, 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, la Sala acoge el criterio definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021 y se aparta de la doctrina probable antes señalada.

Con este propósito y en cumplimiento de los principios de transparencia y argumentación, la Sala recoge las conclusiones expuestas por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2021, que dejó sin efecto la sentencia SL1730 de 2020, al considerar que la regulación normativa de la pensión de sobrevivientes, para el caso del cónyuge y compañero permanente supérstite, constituye unmedio 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, esto es, que el cónyuge o compañera o compañero permanente demuestren la convivencia por un mínimo de cinco años con el afiliado causante para acceder a la pensión de sobrevivientes. Una tesis contraria, según laCorte Constitucional, omite el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionadaa las finanzas del Sistema General de Pensiones, lo que redunda en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, no hay duda que CRISTIAN CAMILO GOMEZ GALEANO (q.e.p.d.) falleció el 18 de diciembre de 2009 *(Pág. 13 y 14 archivo "000.201-345 ORDINARIO")* por ende, la normatividad vigente a la fecha de fallecimiento del causante es la Ley 776 de 2002 en su artículo 11 y la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial, se procede a valorar las pruebas obrantes en el expediente:

Al absolver interrogatorio, la demandante ELIZABETH SIMANCA FLORIAN indicó que es esposa de CRISTIAN CAMILO GOMEZ GALEANO (q.e.p.d.) desde el año 2004, que se casó con el causante en mayo de ese año, que se fue a vivir con el causante a Bogotá en enero de 2004 y luego se regresaron al municipio de Aguachica (C), vivieron un tiempo en la casa de la mamá de la demandante y que cuando su hija tenía nueve meses se fueron a vivir al barrio Nueva Colombia en el año 2006, donde convivió con el causante hasta su fallecimiento; que después del fallecimiento se enteró que su esposo había tenido otra niña de nombre Karol Michel, con Yurani Bustos, quien también vive en Aguachica; que supone que hubo convivencia simultánea con

la señora Yurany porque tuvieron una hija, que no sabe cuándo nació la otra hija del causante, que conoció a Yurany después de que el causante falleció pero no sabe cuándo empezó esa relación. Afirmó que el causante siempre estaba en la casa, que llegaba en las noches,porque trabajaba en el cerro de los chivos (*min. 10:21 archivo 042.Audiencia Proceso Ordinario).*

Adicionalmente, se recibió el testimonio de Dulbis María Rodríguez quien indicó vivir en el municipio de Aguachica Cesar en la Carrera 30 A No.11-47 barrio San Eduardo, que es amiga de la demandante y que la conoce hace 17 años aproximadamente, que vio varias veces al causante porque estaba en una relación con la demandante y que los vio juntos varias veces porque iba a la casa de la mama de la demandante y allí los veía, que la pareja vivió un tiempo allí. Sin embargo, indicó que no sabe donde vivían y con quien vivían, que su relación de amistad era más con la mama de la demandante, que nunca visitó a la demandante y al causante en otro lugar, supo que Yurany es madre de otra hija del causante pero que no la conoce, que la otra hija del causante cree se llama Karol o Michel, que un día llego a la casa de ella de la mamá de la demandante y escuchó que ya el causante tenía alguien y ellos se habían separado. Luego corrigió su declaración y señaló que no sabía realmente lo que había pasado porque la relación de amistad no era con los esposos sino con la progenitora de ELIZABETH SIMANCA FLORIAN, pero que cree que cuando murió CRISTIAN CAMILO GOMEZ GALEANO (q.e.p.d.) vivía con la demandante.

Para la Sala, el testimonio solo puede dar fe de una presunta convivencia que tuvieron ELIZABETH y CRISTIAN CAMILO mientras estos vivián en casa de la madre de la demandante, tiempo que según el interrogatorio absuelto por la accionante, fue desde que quedó embarazada hasta que su hija tuvo nueve meses de edad en el año 2006, lo que se traduce a poco más de 18 meses de convivencia, asi mismo a la testigo nada le consta sobre la convivencia que alude la demandante en el Bogotá D.C., ni en el barrio Nueva Colombia en

Aguachica Cesar ya que, como bien lo indicó al rendir su testimonio, ella era amiga de la madre de la demandante y no de la demandante y el causante. Además, su dicho no es espontaneo, prueba de ello es que cuando habló de la separación entre la demandante y el causante trató de corregir y aducir que no le constaba dicha separación.

Como se indicó, en los antecedentes normativos y jurisprudenciales, la demandante al ser cónyuge supérstite, y pesar de tener vinculo conyugal vigente, debe acreditar los cinco años deconvivencia bien sea anteriores a la muerte del causante o en cualquier tiempo. De las pruebas solo se logra establecer una posible convivencia de aproximadamente 18 meses, es decir, un tiempo inferior al mínimo exigido para acreditar la calidad de beneficiaria de la pension de sobrevivientes que se reclama. Frente a los documentos obrantes en el expediente ninguno es demostrativo ni acredita la convivencia de los cónyuges.

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos esbozados por el apoderado de la parte demandante al indicar que la demandante y el causante convivieron en Usme (Bogotá) y Aguachica (Cesar), por tiempo igual o superior al exigido por la normatividad, por cuanto las pruebas que se allegaron al proceso son insuficientes para demostrar el presupuesto de convivencia. Tampoco le asiste razón al afirmar que POSITIVA y las vinculadas no lograron derruir la presunción de convivencia, por cuanto este aspecto debe ser probado por la parte que la alega, sin que sea objeto de presunción alguna.

Ahora, en lo atinente a la convivencia de la señora YURANY LISETH FELIZZOLA BUSTOS en calidad de compañera permanente, la misma durante el proceso no compareció y, por tal razón, le fue nombrado curador ad-litem. A pesar de lo anterior, era obligación de la vinculada como litis consorcio acudir al proceso y elevar las plegarias respectivas frente al derecho objeto de discusión.

En todo caso, al no existir elementos diferentes a los allegados en el expediente administrativo, con ellos serían insuficientes para acreditar su condición de beneficiaria de la prestación pensional, que reclamó vía administrativa ante POSITIVA, por cuanto se logra establecer que la vinculada YURANY LISETH FELIZZOLA BUSTOS convivió con el causante durante más de tres años en calidad de compañera permanente pero no los cinco que se exigen legal y jurisprudencialmente.

Al respecto, obra declaración juramentada rendida por YURANY LISETH FELIZZOLA BUSTOS ante el Notario Único de Aguachica el 13 de agosto de 2010 *(pág. 136, archivo* "05 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO") y declaración juramentada del 06 de enero de 2010 rendida por Álvaro Antonio Lora García y Yonell Tricos Núñez ante la misma sede notarial, (*pág. 137, archivo* "05 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO"), que refieren convivencia por el periodo de tres años, documentos que se valoran en los términos señalados por el artículo 262 del CGP (sentencias CSJ SL 38841 de 2011, CSJ SL3711-2021, entre otras)

Por último, para resolver lo planteado en el recurso de apelación por el apoderado de **POSITIVA,** debe decir la Sala que no le asiste razon al recurrente al afirmar que la decisión del juzgado viola el principio de congruencia y consonancia, por cuanto si bien el objetodel proceso era determinar quien ostentaba la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en caso de que las reclamantes no acreditaran los presupuestos para el otorgamiento de dicha pensión,la consecuencia lógica es que se acreciente el derecho de quienes reciben la mesada pensional.

Por eso, la Juez al formular el problema jurídico también dispuso determinar si se debía acrecentar la mesada pensional de las menores N.V.G.S. y K.M.G.F. en calidad de hijas del causante (*07:46 archivo 032. Audiencia Proceso Ordinario),* delimitación que no fue objeto de reproche alguno por parte de POSITIVA.

Por lo tanto, al establecerse con claridad que ni la demandante ELIZABETH SIMANCA FLORIAN y la vinculada YURANY LISETH FELIZZOLA BUSTOS acreditaron la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, trae como consecuencia jurídica que se acreciente la mesada pensional de las menores N.V.G.S. y K.M.G.F. a un 50% para cada una de ellas, a partir del 18 de diciembre de 2009, calidad de beneficiarias que ya fue reconocida por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., razón suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

Ahora, teniendo en cuenta que POSITIVA debe pagar a las menores N.V.G.S. y K.M.G.F. el retroactivo pensional, que fue dejado en suspenso en virtud de la Resolución No.0465 del 9 de febrero de 2011, en un porcentaje del 25% para cada una de ellas, a partir del 18de diciembre de 2009, tambien les asiste derecho a que las mesadas pensionales adeudadas sean indexadas una a una hasta cuando se haga efectivo el pago.

Lo anterior, atendiendo que las sumas que no han sido pagadas han perdido su valor adquisitivo por el paso del tiempo, medida que no solo garantiza contrarrestar los fenómenos inflacionarios, sino que protege el goce efectivo y pleno de los derechos de los menores de edad, que son de rango constitucional, al recibir mesadas pensionales actualizadas a valor presente. Al respecto, ha dicho la CSJ que el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa, sin que tal medida viole la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial (CSJ SL359 de 2021, SL815 de 2021, entre otras).

Bajo este análisis, se adicionará la sentencia de primerainstancia en el sentido de condenar a la demandada POSITIVA a pagar las mesadas pensionales del retroactivo pensional en favor de lasmenores N.V.G.S. y K.M.G.F., debidamente indexadas, desde la causación de cada una de ellas hasta cuando se haga efectivo el pago

y el ingreso en nómina de pensionados. Frente a los demás aspectos, se confirmará la sentencia.

Se autorizará a POSITIVA a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de las beneficiarias, 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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** a pagar las mesadas pensionales del retroactivo pensional en favor de las menores N.V.G.S. y K.M.G.F., debidamente indexadas, desde la causación de cada una de ellas hasta cuando se haga efectivo el pago y el ingreso en nómina de pensionados. Se **AUTORIZA** a **POSITIVA** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo de las beneficiarias, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

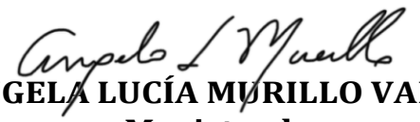
SEGUNDO: Confirmar la sentencia de primera instancia en lo demás.

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.**

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.

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

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 31-2021-00502-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 06 de septiembre de 2022 del Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la nulidad del traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó la afiliación en el RPM, absolvió de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA** (30:59 archivo "022. PARTE 2 Audiencia").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a xx archivo "*005. SUBSANACIÓN DEMANDA*").**

MARÍA DEL PILAR VIVAS TASAMÁ solicitó como pretensiones principales declarar nula su afiliación al RAIS, reactivar su afiliación al RPM, ordenar el reconocimiento de su pensión de vejez, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias reclamó la pensión de jubilación conforme la Ley 71 de 1988, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 08 de abril de 196; que en su historia laboral no registran 205 semanas, siendo responsabilidad de las administradoras de pensiones el cobro de dichos aportes; que se afilió al extinto ISS y en el año 2000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, la cual 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 cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo el operador judicial el llamado a determinar la tasa de reemplazo que más le conviene.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, que estuvo vinculada al ISS y que negó su retorno al RPM. Indicó que la **DEMANDANTE** no acreditó ninguna causal de nulidad de su afiliación a la AFP, ya que el error de derecho no vicia el consentimiento, además dicha vinculación cumple los requisitos legales para ser válida, sin que proceda el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque no se cumplen los requisitos exigidos en las sentencias SU062 de 2010 y SU130 de 2013. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, buena fe y la genérica (Pág. 3 a 20 archivo "*007. CONTESTACIÓN COLPENSIONES*").

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 afiliada. Indicó que brindó información cierta y clara sobre los regímenes pensionales, tras lo cual tomó la decisión informada de vincularse a la AFP, siendo las condiciones pensionales de público conocimiento al estar consagradas en la ley y el equilibrio cuota-prestación no es la finalidad del Sistema General

de Pensiones, por tanto, no hay causal de ineficacia o nulidad de la vinculación a la AFP, ni el afiliado puede alegar el desconocimiento de la ley ni su propia culpa a su favor, sin que sea exigible a la AFP requisitos de asesoría no vigentes para la fecha del traslado, en todo caso, la **DEMANDANTE** nunca manifestó inconformidad por su permanencia en el RAIS ni retornó al RPM, exteriorizando su voluntad de permanecer vinculado a la AFP. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (Pág. 2 a 31 archivo "*008. CONTESTACIÓN PORVENIR*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (30:59 archivo "022. PARTE 2 Audiencia").

El 06 de septiembre de 2022, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la nulidad de traslado de régimen de la demandante MARÍA DEL PILAR VIVAS TASAMÁ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo a la DEMANDANTE como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de la DEMANDANTE por concepto de aportes, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros.* ***CONDENAR (Sic)*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la DEMANDANTE en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.* ***CONDENAR (Sic)*** *a la demandada PORVENIR al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.* ***ABSOLVER (Sic)*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la DEMANDANTE por tratarse de una petición antes de tiempo. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue nulo el traslado de la **DEMANDANTE** y si hay derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen pensional parte del cumplimiento por la AFP de su deber de

información, ya que el consentimiento informado es presupuesto de una voluntad libre de aceptar el traslado y sus consecuencias, sin que la AFP pueda acreditar el cumplimiento de su deber con solo el formulario de afiliación, por tanto, al no existir confesión de la **DEMANDANTE** de que recibió una correcta asesoría, no se demostró el cumplimiento del deber y declaró nulo el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento de gastos de administración. Negó la solicitud de reconocimiento pensional, porque la falta de afiliación no se puede imputar a las administradoras de pensiones sino al empleador omiso, pero no fueron demandados, tampoco se puede analizar si se causó la pensión de la Ley 71 de 1988 porque la **DEMANDANTE** no tiene régimen de transición ni por edad ni por semanas cotizadas, finalmente, respecto la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993 la afiliada señaló en su interrogatorio que aún está efectuando cotizaciones, por lo cual aún no puede disfrutar la pensión aún si eventualmente ya cumple los requisitos de causación.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar la negativa de reconocer la pensión de vejez, ya que tiene 61 años y más de 1300 semanas cotizadas y respecto los tiempos no reportados jurisprudencialmente se ha indicado que las administradoras de pensiones deben desplegar todas las acciones necesarias para garantizar la veracidad y precisión de las historias laborales y no pueden trasladar dicha carga al afiliado (32:28 archivo "*022. PARTE 2 Audiencia*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque la **DEMANDANTE** no tiene derecho a retornar al RPM por la restricción de traslado por edad, además su interrogatorio no evidencia vicios del consentimiento ni ninguna otra causal para declarar la nulidad y por el contrario demuestra el cumplimiento del deber de información por la AFP, de otra parte, los años de vinculación al RAIS son señal inequívoca y clara de su voluntad de permanecer a dicho régimen, lo cual resuelve cualquier incertidumbre al respecto (33:19 archivo "*022. PARTE 2 Audiencia*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada sustituta de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo en lo no apelado y acceder a su recurso en cuanto el reconocimiento de la pensión de vejez. De otra parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo porque no se acreditó vicio del consentimiento ni ninguna otra causal de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, ni se desvirtuó la buena fe de la AFP, ni procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, no procede la inversión de la carga de la prueba, acceder a las pretensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado sustituto de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, ya que el traslado al RAIS fue libre y voluntario, el RAIS no es subsidiaria del RPM, se cumplieron todos los requisitos vigentes para que el traslado sea válido y no se puede exigir a la AFP cumplir los requisitos del deber de información impuestos por normas posteriores al traslado, la afiliada no retornó al RPM, la inconformidad económica sobre el monto pensional no es causal de nulidad y deriva del cumplimiento de las condiciones dispuestas por el propio legislador y la AFP no podía negar la afiliación, de forma subsidiaria, indicó que no procede la devolución de los gastos de administración.

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 con **PORVENIR S.A.**, la procedencia de la devolución de los gastos de administración y el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **MARÍA DEL PILAR VIVAS TASAMÁ** nació el 08 de abril de 1961 (Pág. 45 archivo "*005. SUBSANACIÓN DEMANDA*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 14 de julio de 1982 al 30 de noviembre de 2004, cotizando 563 semanas (carpeta "*CC-31159373*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 22 de octubre de 2004, efectivo a partir del 1° de diciembre de 2004, AFP donde permanece vinculada y acumula 1299 semanas a enero de 2022 (Pág. 32, 86 y 95 archivo "*008. CONTESTACIÓN PORVENIR*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró nulo el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por gastos de administración, reactivó la afiliación en el RPM, absolvió de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA**. 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, 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 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.

- **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 realicé 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 sostiene, de forma pacífica y reiterada, 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 valida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro, motivo por el cual solo a través del pago del cálculo actuarial, conforme el literal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016.

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 de 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 firma del mismo por el afiliado la exima de tal exigencia, siendo razonable inferir que la **AFP**

DEMANDADA no demostró el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio conocer la figura del bono pensional, tal manifestación no se equipará a un conocimiento completo sobre las características de cada régimen pensional, por tanto, no hay confesión porque no hubo reconocimiento expreso por la **DEMANDANTE** de haber sido debidamente asesorada al momento del traslado al RAIS a fin de conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación y modificará el fallo de primera instancia para 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 **COLPENSIONES** 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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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, 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.

En lo que respecta al recurso de apelación de la **DEMANDANTE**, conforme los antecedentes normativos expuestos, no es procedente confundir la falta de afiliación con la mora del empleador en el pago de aportes, conforme lo manifestado en la demanda de no haber sido inscrita y afiliada al sistema de seguridad social por varios presuntos empleadores.

Así las cosas, la tesis jurisprudencial por la cual se tiene como válidos los periodos en mora no cobrados por la administradora de pensiones, parte del supuesto de que exista una afiliación válida del trabajador y la ausencia de duda en la prestación personal del servicio, requisitos que no se cumplen en el caso bajo estudio, pues la **DEMANDANTE** no acreditó, fuera de toda duda, la existencia efectiva de las relaciones laborales por las cuales reclama 205 semanas no registrados en su historia laboral, como tampoco que los presuntos empleadores procedieran a afiliar a la trabajadora ante la administradora de pensiones para que dicha entidad tuviera conocimiento de tal situación y, de ser el caso, ejercer las acciones de cobro.

Por lo anterior, se confirma la decisión de la *a quo* de no considerar los periodos reclamados como no registrados en la historia laboral, del mismo modo, se confirma la decisión de declarar que la **DEMANDANTE** no tiene régimen de transición al no cumplir al 1º de abril de 1994 los requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al nacer el 08 de abril de 1961 solo tenía 32 años y conforme su historia laboral de **COLPENSIONES** no tenía 750 semanas cotizadas.

En consecuencia, en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado y subsecuente retorno al RPM, la **DEMANDANTE** podrá eventualmente reclamar el reconocimiento de su pensión de vejez conforme las reglas de la Ley 100 de 1993, sin embargo, no es posible ordenar en este procesal tal reconocimiento porque hasta que la **AFP DEMANDADA** no efectúe el traslado de las sumas ordenadas no es

posible fijar aspectos determinantes de la prestación, como lo son el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, ingreso base de liquidación y fecha de disfrute de la pensión, más aún cuando el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 señala que son aplicables al actual Sistema General de Pensiones las disposiciones vigentes para los seguros a cargo del Instituto de Seguros Sociales, lo cual remite al Acuerdo 758 de 1990, norma que en sus artículos 12 y 35 condiciona el disfrute de la pensión a la desafiliación del régimen, lo cual no ha ocurrido porque la **DEMANDANTE** señaló expresamente que continúa realizando aportes a pensión (07:00 archivo "*021. PARTE 1 Audiencia*").

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 del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** ineficaz el traslado del RPM al RAIS que efectuó la demandante **MARÍA DEL PILAR VIVAS TASAMÁ**, identificada con CC 31.19.373, a través de vinculación a **PORVENIR S.A.** del 22 de octubre de 2004, efectiva a partir del 1º de diciembre de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los

valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, , valores que salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros 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.

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

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

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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR VIVAS TASAMÁ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 031 2021 00502 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.32-2016-00255-02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 la apoderada de la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.**, contra la sentencia del 02 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a COLMENA SEGUROS S.A. a pagar al demandante la indemnización por pérdida de capacidad laboral respecto de la enfermedad hipoacusia neurosensorial bilateral teniendo como Pérdida de Capacidad Laboral -PCL el 34.74%, declaró probada la excepción inexistencia de la culpa patronal, absolvió a la demandada **SIEMENS S.A.** y condenó en costas a las partes (*min. 01:24:45, archivo "22. Audiencia Alegatos y Fallo 02-Sep-2021"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

JOSE PARMENIO VELANDIA BARRERA (q.e.p.d.) presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLMENA SEGUROS S.A.** y **SIEMENS S.A.**, con el fin de que se declare que las enfermedades padecidas ocurrieron mientras desempeñaba sus funciones

laborales subordinadas en SIEMENS S.A., responsabilidad imputable únicamente al empleador en virtud del artículo 216 del CST y, en consecuencia, se condene a COLMENA a pagar la indemnización derivada de la incapacidad permanente parcial y a SIEMENS a pagar perjuicios materiales, inmateriales, morales, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se desempeñó como auxiliar de fábrica a órdenes de SIEMENS S.A., entre el 09 de julio de 1985 y el 9 de febrero de 1998; luego, celebró contrato de trabajo con la sociedad Acción S.A., para desempeñar funciones en SIEMENS S.A. desde el 9 de diciembre de 2008 hasta el 30 de junio de 2009, en el cargo de refilador; posteriormente, se vinculó nuevamente con SIEMENS S.A. a partir del 1° de julio de 2009 hasta el 14 de abril de 2012, en el cargo de operador de producción SR, donde fue afiliado a la ARL COLMENA, y el 9 de abril de 2015 solicitó a SIEMENS S.A. el pago de la reparación plena de perjuicios por culpa patronal.

Manifestó que, con ocasión de las labores desarrolladas para SIEMENS S.A. por más de 15 años, consistentes en la fundición de aluminio y hierro, y como consecuencia de la inhalación de humos tóxicos, desarrolló hipoacusia neurosensorial bilateral, calificada de origen laboral el 16 de febrero de 2015 por parte de la Nueva EPS; calificación que fue impugnada por COLMENA y el demandante; que mediante dictamen del 11 de junio de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca consideró que era una enfermedad de origen común; una vez apelada la decisión, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en dictamen del 13 de noviembre del mismo año, dictaminó que la patología de Hipoacusia Neourosensorial Bilateral eran de origen laboral, por lo que considera que las enfermedades sufridas nacieron por el no suministro de elementos de protección idóneos, la adopción de medidas de protección correspondientes y la falta de

realización de exámenes médicos periódicos *(pág. 6 a 24, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500").*

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SIEMENS S.A. se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación laboral, los extremos temporales, los cargos desempeñados, la reclamación presentada, la afiliación a la ARL COLMENA y el dictamen de PCL proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, frente a los demás hechos señaló no es ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, inexistencia de la culpa patronal, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 263 a 283, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500").*

COLMENA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la impugnación al dictamen pericial de primera oportunidad y la decisión de Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Formuló las excepciones de petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación, prescripción y compensación (*pág. 375 a 399, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500").*

JOSE PARMENIO VELANDIA BARRERA falleció el 25 de mayo de 2021 (*pág. 3 archivo "20. Registro De Defunción Y Poder*"), por lo que el Juzgado de instancia, en providencia del 02 de septiembre de 2021, tuvo como sucesora procesal del demandante a su cónyuge supérstite CLARA INÉS SANCHEZ VELANDIA (*archivo "21. Acta Audiencia Alegatos y Fallo 02-Sep-2021*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:24:45, archivo "22. Audiencia Alegatos y Fallo 02-Sep-2021").

El 02 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la culpa patronal formulada por la demandada SIEMENS S.A. y NO PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada SEGUROS COLMENA, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO. CONDENAR** a COLMENA SEGUROS S.A. a pagar al demandante la indemnización por pérdida de capacidad laboral respecto de la enfermedad hipoacusia neurosensorial bilateral teniendo como PCL el 34.74%. **TERCERO. ABSOLVER** a la demandada SIEMENS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra y a la demandada SEGUROS COLMENA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CUARTO. CONDENAR** en costas a SEGUROS COLMENA S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Así mismo condenar en costas al demandante y a favor de la demandada SIEMENS S.A. señalando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv".*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si al demandante le asiste el derecho al pago de la indemnización por pérdida de capacidad laboral, así como si hay lugar a la indemnización por culpa patronal establecida en el artículo 216 del CST.

Para resolver, el Juez indicó que no hubo discusión del vínculo laboral que existió entre el demandante con SIEMENS, tampoco hubo discusión que se afilió para la cobertura de riesgos laborales a SEGUROS COLMENA y que el contrato de trabajo se terminó el 14 de abril de 2012 por reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS al demandante; que si bien frente a la patología de hipoacusia bilateral, COLMENA se encuentra en desacuerdo con el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL, lo cierto es que esa calificación ya fue definida por la Junta, se encuentra en firme y no fue discutido en este proceso, donde la junta encontró relación entre el ruido realizado en las áreas de trabajo donde laboró el paciente y la hipoacusia bilateral que

presenta; adicional a esta patología el demandante presentaba otras enfermedades, por lo que se ordenó calificar las patologías, para el efecto la Junta Nacional e Calificación de Invalidez allegó dictamen donde mantuvo el origen de la enfermedad laboral de hipoacusia neurosensorial bilateral, estableciendo un porcentaje de deficiencias del 28.94% y por el rol laboral un 5,80 para un total de 34,74% y si bien se determina como fecha de estructuración 2 de marzo de 2015, advirtió que conformidad con el manual de calificación de invalidez la fecha de estructuración se determina con base no en la fecha del acaecimiento del accidente o la enfermedad sino cuando se ha llegado al máximo de mejoría posible, pero ello no significa que la enfermedad a que se está haciendo referencia estuviera por fuera de las coberturas de la ARL SEGUROS COLMENA.

Señaló que en ese dictamen se establecieron otras deficiencias, pero de origen común, las cuales la parte demandante reclama como de origen laboral, pero que al revisar la documental aportada el demandante venia presentado antecedentes para enfermedades pulmonares mucho antes de la última vinculación que tuvo con SIEMENS, por lo que al no existir pruebas adicionales que determinen y den certeza de que las enfermedades adicionales que padeció JOSE PARMENIO son de origen profesional y que fueron causadas con ocasión de su vinculación laboral como SIEMENS S.A., y los testimonios allegados al proceso dan cuenta de que SIEMENS entregaba a sus trabajadores los elementos de protección personal para el desempeño de las funciones a cargo de sus trabajadores, y acatar las normas de seguridad en el trabajo, así como exámenes periódicos realizados al trabajador, concluyó que no está acreditada la culpa patronal, siendo viable absolver a SIEMENS de toda las pretensiones incoadas en su contra, condenando a COLMENA a pagar a la sucesora procesal del demandante la indemnización por PCL por la enfermedad calificada de origen profesional denominada hipoacusia neurosensorial

bilateral, teniendo en cuenta para el efecto la calificación que emitió la Junta Nacional con un PCL de 34.74%.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada **COLMENA SEGUROS S.A.** presentó recurso de apelación, solicitando la revocatoria de las condenas impuestas en contra de esa Sociedad. Para sustentar, consideró que el despacho incurrió en yerros en la valoración probatoria que dieron como consecuencia precisamente el fallo en su contra, pues si bien la Junta Nacional finalmente determinó que la enfermedad de hipoacusia es de origen laboral y el despacho acogió el PCL dado por la Junta Nacional en el dictamen que se incorporó en el proceso, el PCL no corresponde realmente al que consideran tenia JOSE PARMENIO VELANDIA, por cuanto no se puede endilgar que ese 34.74% sea en virtud de esa situación que tuvo el demandante, pues se desconoció que se trataba de una persona de 66 años de edad, que la sola exposición de un riesgo no necesariamente determina que esa sea la situación de la PCL de una persona con esa patología y el *a quo* al determinar que la junta nacional acertó en ese porcentaje obvió la situación señalada, por lo que no se puede determinar que ese 34% de PCL sea generado por su rol laboral.

Manifestó que se desconoció que con los testimonios se determinó que SIEMENS entregó los elementos de protección necesarios, que en ese momento eran los audífonos, que permitía reducir o tener los límites normales del ruido a los cuales estuvo expuesto; que en el dictamen de la Junta Nacional no se hace referencia a las fechas, las tareas, operaciones o condiciones del área donde desempeñó la tarea, los factores de riesgos, los elementos suministrados que pudieran determinar que en efecto ese 34.74% corresponda a la PCL atribuible a la enfermedad laboral que ya había sido calificada, porcentaje que no se acompasa con el devenir de la vida del demandante y del desempeño de su labor,

máxime que fue pensionado en el año 2012 y desde el año 2011 venia incapacitado, y no tenía una exposición al ruido (*min. 01:30:27, archivo "22. Audiencia Alegatos y Fallo 02-Sep-2021*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la apoderada de **COLMENA SEGUROS S.A.** solicitó revocar y/o modificar la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, la apoderada principal de la demandada **SIEMENS S.A.** solicitó se confirme el fallo de primera instancia, señalando que no existe nexo de causalidad ni culpa patronal en las patologías padecidas por el demandante y siempre actuó con suma diligencia y cuidado en la relación laboral.

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la Pérdida de Capacidad Laboral del 34.74% es acorde con la patología de hipoacusia neurosensorial bilateral sufrida por el demandante y si le asiste derecho al pago de la indemnización permanente parcial, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **JOSE PARMENIO VELANDIA BARRERA (q.e.p.d.)**

estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con la demandada **SIEMENS S.A.** desde el 09 de julio de 1985 hasta el 09 de febrero de 1998 y desde el 1° de julio de 2009 hasta el 14 de abril de 2012, teniendo como último cargo el de operario de producción SR (*pág. 88 archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500")*; ***ii)*** **SIEMENS S.A.** terminó el contrato de trabajo el 14 de abril de 2012, por justa causa, al tener el demandante reconocimiento de pensión de vejez por parte del ISS e incluido en nómina de pensionados (*pág. 87, 305 y 306, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500"); **iii)*** **SIEMENS S.A.** afilió al demandante a **COLMENA SEGUROS S.A.** a partir del 1° de abril de 2009 para la cobertura de riesgos laborales (*pág. 84 y 320, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500")*; **iv)** y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen de fecha 13 de noviembre de 2015, determinó que la enfermedad padecida por JOSE PARMENIO VELANDIA BARRERA (q.e.p.d.) diagnosticada como hipoacusia neurosensorial bilateral es de origen laboral, sin que allí se determinara la fecha de estructuración y porcentaje de pérdida de capacidad laboral (*pág. 88 archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500")*.

- **Sobre los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral**

Sea lo primero indicar que el proceso de calificación integral de la pérdida de capacidad laboral es un trámite debidamente regulado, por cuanto la legislación de la seguridad social estableció las etapas, términos y personas facultadas para desarrollar los mismos.

Sobre las controversias que se suscitan frente a los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que dichos documentos no constituyen prueba solemne,

que son susceptibles de ser controvertidos y que el juez para su valoración no está sujeto a la tarifa legal de prueba, en cuanto puede fundamentar su decisión en aquel que le merezca mayor credibilidad al realizar una valoración conjunta de los elementos de prueba con los que cuenta. Al efecto, en sentencia con radicado 35450 del 18 de septiembre de 2012, dicha Corporación dijo lo siguiente:

> *"Se ha de advertir en primer término, que la jurisprudencia de la Corte tiene establecido el criterio de que los dictámenes de las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez, no son pruebas solemnes y por lo tanto, el juzgador respecto de ellos no está sometido a la tarifa legal de prueba. En consecuencia, como prueba pericial que es, queda sometida a la libre apreciación del juez.*
>
> *De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.*
>
> *Lo anterior en armonía con las disposiciones que regulan los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez, concretamente el Decreto 2463 de 2001, que en el artículo 35 estipula que ellos son controvertibles ante los jueces del trabajo y en el artículo 40 que establece que las actuaciones de la junta no constituyen actos administrativos por lo que en estricto rigor y para efectos de la valoración probatoria que ha de realizar el juez dentro de la actuación judicial no están sometidos a la jerarquización propia de los procedimientos administrativos. Adicionalmente, porque de conformidad con la Constitución y la Ley son los jueces laborales y no los peritos quienes tienen facultad para dirimir esa clase de controversias de la seguridad social con el carácter de cosa juzgada (subrayas fuera del texto)".*

Criterio reiterado en providencias SL4346-2020, SL2349-2021, SL640-2021, entre otras.

Del anterior referente jurisprudencial, entiende la Sala que el Juez puede fundamentar su decisión en cualquiera de los

dictámenes realizados o aportados al expediente, que al ser valorados de manera conjunta le ofrezcan mayor credibilidad o certeza respecto de la controversia planteada. Dado que en el recurso no se controvirtió el cumplimiento de los requisitos formales de los dictámenes realizados, tampoco el origen de la enfermedad y la fecha de estructuración, sino únicamente el porcentaje de pérdida de capacidad laboral aceptado por el despacho de primera instancia con fundamento en el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el Tribunal solo se ocupará de este último aspecto.

Teniendo en cuenta lo dicho, de manera previa la Sala realizará un análisis de lo acontecido en el proceso frente al trámite de calificación de la enfermedad o dolencia denominada hipoacusia neurosensorial bilateral que padecía el actor y el origen de la misma. En primera medida, se advierte que NUEVA EPS el día 16 de febrero de 2015, notificó calificación realizada en primera oportunidad donde concluyó que esta patología es de origen laboral (*pág. 147 a 149, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500")*.

Ante la inconformidad de la ARL COLMENA y el demandante frente al dictamen anterior, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante dictamen del 03 de junio de 2015 definió que el diagnóstico que motivó la calificación "*hipoacusia neurosensorial bilateral*" es considerada como origen común (*pág. 159 a 165, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500")*; el actor presentó recurso contra esta decisión y para resolverlo la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió el dictamen respectivo el 13 de noviembre de 2015, en éste la Junta concluyó que la enfermedad padecida por el demandante es de origen laboral, al considerar que el análisis de puesto de trabajo en SIEMENS, evidencia la existencia de factores de riesgo ocupacional, suficientes y necesarios para la generación

de su patología de hipoacusia, encontrando relación entre la exposición al ruido y el diagnóstico (*pág. 175 a 184, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500").*

En el trámite del proceso el Juez decretó inicialmente como prueba pericial un dictamen a cargo de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien mediante calificación del 14 de junio de 2018, estableció que la hipoacusia neurosensorial bilateral de origen laboral le causó al demandante unas deficiencias del 28.94%; por rol laboral y otros, un 5,80%, para un total de 34.74%, con fecha de estructuración 02 de marzo de 2015 (*pág. 542 a 555, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500").* Este dictamen fue objetado por COLMENA SEGUROS S.A., quien solicitó la práctica de un nuevo dictamen por parte de una Sala diferente de la Junta Nacional (*pág. 558 y 559, archivo "01. PROCESO ORDINARIO No 11001310503220160025500").*

Posteriormente, en audiencia del 16 de mayo de 2019, el juez dispuso que se realizara un nuevo dictamen por parte de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, entidad que el 20 de diciembre de 2020, allegó el concepto pericial (*archivo "09. Dictamen Universidad Nacional"),* dictamen que no fue tenido en cuenta por el despacho judicial en audiencia del 02 de septiembre de 2021, al señalar que no tenía valor ante la no asistencia del perito a la audiencia, en virtud de lo previsto en el artículo 228 del CGP.

De la prueba documental citada y al realizar un análisis cuidadoso y conjunto del contenido de cada uno de los documentos referidos en precedencia, para la Sala no es desacertada la decisión adoptada por el *a quo* al tener en cuenta el porcentaje de perdida de capacidad laboral dictaminado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en prueba pericial del 14 de junio de 2018, para ordenar el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial

(Decreto 2644 de 1994), aspecto sobre el cual radicó la inconformidad de la recurrente.

En efecto, al revisar el contenido de dicho dictamen, toda la valoración fue realizada teniendo en cuenta los distintos exámenes y diagnósticos que constan en la historia clínica de JOSÉ PARMENIO VELANDIA BARRERA (q.e.p.d.), su estado de salud y la exposición a los riesgos en el puesto de trabajo, además el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 34.74% fue calculado conforme los parámetros del Manual Único de Calificación de Invalidez, atendiendo el impacto que le generó a nivel ocupacional, lo cual va en consonancia con el origen de la patología, donde se tuvieron en cuenta aspectos como la edad, el grado de severidad de la hipoacusia neurosensorial bilateral y la ejecución de las actividades diarias del paciente, lo cual descarta el planteamiento de la recurrente, más aún cuando esta enfermedad, por la exposición al ruido, se encuentra definida como de origen laboral, no solo conforme con el contenido del Decreto 2566 de 2009, vigente para el momento de la terminación del contrato de trabajo, sino atendiendo lo señalado en el Decreto 1477 de 2014, norma vigente al momento en que se inició el trámite de calificación del actor.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que varios de los puntos objetos de apelación cuestionan es el origen de la enfermedad, aspecto que no fue objeto de controversia en este proceso dada la firmeza del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 13 de noviembre de 2015, donde se encontró la existencia de factores de riesgo ocupacional, suficientes y necesarios para la generación de la patología de hipoacusia, encontrando relación entre la exposición del demandante al ruido por encima de los limites permisibles, en el cumplimiento de las funciones para SIEMENS, y el diagnóstico.

Así las cosas, la Sala concluye que la decisión de primera instancia obedeció no solo a la lectura de los documentos y del dictamen allegado al plenario, sino a su valoración que, conforme el citado referente jurisprudencial, viene respaldada por la facultad legal que tiene el juez en virtud del artículo 61 del CPTSS, motivo por el cual se confirmará la sentencia.

No obstante, se debe precisar que conforme con el artículo 5° de la Ley 1562 de 2012, las sumas de dinero que COLMENA SEGUROS S.A. debe pagar a la parte demandante por concepto de la prestación económica debe indexarse, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) al momento del pago certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, motivo por el cual se adicionará la sentencia en este aspecto.

Lo anterior, atendiendo que la suma que no ha sido pagada ha perdido su valor adquisitivo por el paso del tiempo, medida que no solo garantiza contrarrestar los fenómenos inflacionarios, sino que protege el goce efectivo y pleno de los derechos de la parte actora, al recibir sumas actualizadas a valor presente. Al respecto, ha dicho la CSJ que el juez tiene incluso la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa, sin que tal medida viole la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial (CSJ SL359 de 2021, SL815 de 2021, entre otras).

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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SEGUROS COLMENA S.A.** a pagar la indemnización por perdida de capacidad laboral debidamente indexada, calculada desde el 15 de abril de 2012 hasta la fecha en que se produzca su pago efectivo.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.32 2019 00746 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de octubre 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 demandada contra la sentencia del nueve (09) de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que el demandante **JOSE HERNANDO CORREA** tiene derecho a los incrementos pensionales dispuestos en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de esa misma anualidad y al reajuste de la mesada pensional, declaró probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2019, condenó a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** a pagar el retroactivo por las diferencias causadas, autorizó el descuento por aportes en salud y condenó en costas a la demandada *(min. 01:37:19, archivo "13.AudienciaAlegatosFallo20210909").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JOSE HERNANDO CORREA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – E.A.A.B.**, con el fin de que se condene a la demandada a indexar la mesada pensional reconocida. No obstante, del contenido de la demanda se infiere que lo pretendido es el reajusté de la pensión de jubilación con fundamento en lo previsto en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 del mismo año, junto con el correspondiente retroactivo y costas del proceso.

Como fundamento factico indicó que laboró para la demandada y mediante Resolución No.0046 de 1987 se le confirió el status de pensionado; que mediante oficio 002029 del 17 de febrero de 1994, la E.A.A.B. dispuso no aplicar el reajuste del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, al considerar que solo aplicaban a los pensionados del orden nacional pero no a los de nivel territorial; que la Sociedad de Pensionados de la E.A.A.B. interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el citado oficio y el Consejo de Estado mediante sentencia del 11 de diciembre de 1997 declaró la nulidad simple de ese acto administrativo, ordenando inaplicar la expresión "*del orden nacional*", contenida en el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, por considerarla contraria al artículo 13 de la Carta, pues los pensionados del orden territorial se encontraban en la misma situación de los pensionados del orden nacional, a quienes se les había realizado el reajuste previsto en la Ley 6ª de 1992.

Señaló que el 23 de julio de 1999, la E.A.A.B., FAVIDI y la Sociedad de Pensionados de la E.A.A.B. – SOPENAYA, acordaron que entre E.A.A.B. y FAVIDI liquidarían conjuntamente los ajustes del Decreto 2108 de 1992 a las pensiones de jubilación, incluidas las sustituciones, reconocidas con la empresa con anterioridad al 1° de enero de 1989, y FAVIDI se comprometía a reconocer y pagar las sumas

correspondientes a años 1993, 1994 y 1995, dejando pendiente la decisión de los años 1996 y siguientes a la consulta que se elevaría al Consejo de Estado; que el 20 de noviembre de 2017 presentó derecho de petición ante la demandada con el fin de obtener la reliquidación de su pensión, la cual fue negada; posteriormente presentó acción de tutela y en providencia del 21 de febrero de 2018, el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá negó el amparo; y finalmente que el 12 de octubre de 2018 solicitó conciliación prejudicial ante el Inspector del Ministerio de trabajo, donde se le informó que no eran competentes (*pág. 38 a 48, archivo "01.ORDINARIOLABORALNo11001310503220190074600").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la vinculación y la calidad de pensionado del demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de cosa juzgada constitucional, buena fe, inexistencia de las obligaciones en cuanto a las pretensiones de incrementos en las mesadas pensionales, prescripción, compensación, compromiso cobro de lo no debido, pago, inexistencia de la obligación en cuanto a la indexación y la innominada o genérica (*pág. 55 a 71, archivo "01.ORDINARIOLABORAL…"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:37:19, archivo "13.AudienciaAlegatosFallo20210909").

El 09 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 31 de octubre de 2019 y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO:** DECLARAR que el demandante*

JOSÉ HERNANDO CORREA tiene derecho a los incrementos pensionales dispuestos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de esa misma anualidad, y que por ende su pensión de jubilación debe ser reajustada en un 7% en el año 1993 y en un 7% en el año 1994, reajustes adicionales a los dispuestos en la Ley 71 de 1988 y en la Ley 100 de 1993. ***TERCERO:*** *Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral anterior, DECLARAR que la mesada pensional del demandante JOSÉ HERNANDO CORREA para el año 2021 asciende a la suma de $2.473.961.00, advirtiéndose que conforme cuadro anexo a la presente decisión se determina el valor de la mesada pensional del demandante a partir del año 1993 y hasta la presente anualidad y sin perjuicio de los incrementos que se sigan causando año a año.* ***CUARTO:*** *CONDENAR a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ a pagar al demandante JOSÉ HERNANDO CORREA el retroactivo de las diferencias entre la mesada de jubilación que se le ha venido reconociendo y la mesada reliquidada, diferencias que calculadas al 31 de agosto de 2021 ascienden a la suma de $6.602.469.00, sin perjuicio de las que se causen hasta el momento de inclusión en nómina del valor de la nueva mesada pensional. Se autoriza a la demandada a descontar lo correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que correspondan respecto del retroactivo.* ***QUINTO:*** *CONDENAR a la demandada en costas y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta**.**”.*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar la procedencia del reajuste previsto en la Ley 6ª y el Decreto 2108 de 1992, advirtiendo que, si bien en las pretensiones de la demanda se hace referencia a la indexación de la mesada pensional, del sustento fáctico y jurídico de la demanda lo que se determina es que el demandante pretende se reliquide la mesada pensional conforme con los incrementos que fueron ordenados en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario.

Para resolver, indicó que al revisar el valor de la mesada pensional pagada al demandante año a año se encuentra que la misma se ha incrementado conforme con los reajustes ordenados por el Gobierno Nacional, sin tener en cuenta la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario, que para el caso del demandante el incremento sería de un 7% en 1993 y 7% en el año 1994, ello en atención a la fecha de causación y disfrute de la pensión de jubilación; que la Corte

Constitucional en sentencia C-531 de 1995, declaro inexequible el artículo 116 de la Ley 6 de 1993 pero con efectos hacia el futuro, que la demandada es del orden territorial y en su momento expidió un oficio donde señaló que no era procedente la aplicación del reajuste de la Ley 6ª de 1992, acto administrativo que fue demandado en el Consejo de Estado, quien lo declaró nulo; que la demandada llegó a un acuerdo con la sociedad de pensionados de la EAAB, donde acordaron que FAVIDI se comprometía a pagar las sumas correspondientes a los año 1993 a 1995, dejando pendiente la decisión sobre el año 1996 y ss. mientras elevaban consulta al Consejo de Estado sobre la aplicación del decreto reglamentario.

Manifestó que FAVIDI en Resolución del 19 de octubre de 1999 aplicó los reajustes pensionales de la Ley 6ª de 1992 al demandante pagando el retroactivo correspondiente al año 1993 y 1994, por lo que al efectuarse dicho reconocimiento y señalarse que si tenía derecho a esos incrementos quedó sujeto los pagos de los demás años a una consulta ante el Consejo de Estado, y si bien el despacho no desconoce las sentencias de la SL de la CSJ en las que han resuelto casos similares, relacionado con que no es posible aplicar los incrementos a pensionados del orden territorial, concluyó que el demandante tiene un derecho adquirido por haber sido ya reconocido por la demandada, por lo que se debe reliquidar la mesada en debida forma, y al efectuar el cálculo respectivo obtuvo una mesada pensional para el año 2021 de $2.473.961 y una diferencia por mesada a favor del demandante en ese año en la suma de $257.682, ordenando a la demandada pagar el retroactivo generado a partir del 31 de octubre de 2019 en cuantía de $6.602.469, por prosperar parcialmente la excepción de prescripción y autorizando el descuento por aportes en salud (*min. 01:37:19, archivo "13.AudienciaAlegatosFallo20210909*").

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva de todas y cada una de las pretensiones.

Para sustentar, indicó que pretender aplicar el reajuste del Decreto 2108 de 1992 es totalmente improcedente pues desconocería los efectos propios de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 116, la cual fue definida desde noviembre de 1995 en la sentencia C-531, que en gracia de discusión estos incrementos pensionales solo serían para los servidores públicos nacionales pero en ningún momento de carácter territorial, que el fallo del Consejo de Estado no tuvo efectos interpartes como tampoco de contenido económico ni condena pecuniaria en la medida en que se desestimó la pretensión del restablecimiento del derecho y no ordenó a la empresa la ejecución de los reajustes contenidos en el Decreto 2108; que el Consejo de Estado efectivamente resolvió la consulta en concepto del 3 de marzo de 2000 y su posterior aclaración del 14 de julio de 2000, donde se concluyó que el campo de aplicación de los reajustes comprende únicamente las pensiones de jubilación del orden nacional, por lo que no es viable aplicarlos a pensiones reconocidas por una entidad de carácter territorial como es la E.A.A.B.

Manifestó que la aplicación del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario no fue modificada por el Consejo de Estado, y que las sentencias de la CSJ también han señalado que solo es aplicable a pensionados de carácter nacional, por lo que considera que el demandante no tiene derecho al incremento reclamado en la demanda y si bien se realizó un pago, fue con ocasión del acta de compromiso entre FAVIDI y SOPENAYA, pero la EAAB en ningún momento ha reconocido incremento pensional, en esa acta se autorizó fue el reconocimiento de unas sumas pero no se trataba de un incremento *(Min. 01:41:40, archivo "13.AudienciaAlegatosFallo20210909").*

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 solicitando se profiera una sentencia favorable a sus intereses. El apoderado de la parte demandada solicitó revocar la sentencia reiterando los argumentos expuestos en la apelación.

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 jubilación 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)*** **JOSE HERNANDO CORREA** nació el 29 de diciembre de 1942 (*pág. 14, archivo "01.ORDINARIOLABORAL…"*);***ii)*** la E.A.A.B. mediante Resolución No.0046 del 20 de enero de 1987 reconoció al demandante pensión especial de jubilación convencional a partir del 29 de noviembre de 1986 (*pág. 18 a 21, archivo "01.ORDINARIOLABORAL…");**iii)** y* la demandada mediante comunicación del 30 de noviembre de 2017 negó la reliquidación pensional *(pág. 22, archivo "01.ORDINARIOLABORAL").*

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 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995".*

Al efecto, resulta pertinente indicar que la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1995, declaró la inexequibilidad 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 inexequibilidad 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 inexequibilidad de la parte resolutiva 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 inexequibilidad 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 inexequible 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 revocará 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 reclamado.

Para llegar a la anterior conclusión, se tiene que mediante Resolución No.0046 del 20 de enero de 1987 la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** reconoció al demandante pensión especial de jubilación convencional a partir del 29 de noviembre de 1986, prestación distinta a la que define el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el artículo 1° 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 1° 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 del carácter nacional sino convencional de carácter territorial al ser concedida por una entidad del Distrito Capital y, por tanto, no resulta procedente ordenar el reajuste que se solicita.

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

(CC C-168 de 1995, C-177 de 2015, entre otras) y ello impide ordenar el reconocimiento.

Si bien, con posterioridad a la sentencia C-531 de 1995, el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital "FAVIDI" mediante Resolución 2036 de 19 de octubre de 1999 (*pág. 8 a 11, archivo "11.RespuestaRequerimientoEAAB*"), reconoció al demandante reajustes pensionales ordenados en la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año y pagó el retroactivo generado por los años 1993 y 1994, con fundamento en el acuerdo celebrado el 15 de julio de 1999 entre la demandada, FAVIDI y la Sociedad de Pensionados de la E.A.A.B. –SOPENAYA *(pág. 136 y 136, archivo "01.ORDINARIOLABORAL")* y en virtud del fallo del 11 de diciembre de 1997 proferido por el Consejo de Estado que dispuso inaplicar la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, esa decisión del Consejo de Estado no resulta vinculante, pues sólo son de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva las sentencias de inexequibilidad como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad conforme lo consagra el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, así lo dejo por sentando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3282 de 2020, entre otras.

Por lo tanto, no puede desconocerse que la Corte Constitucional declaró inexequible 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, Corporación que fue la que indicó que el reajuste reclamado se aplicaba únicamente a pensiones de jubilación del orden nacional, y si bien la prestación otorgada al demandante lo fue por jubilación, la entidad que reconoció la misma es de carácter territorial.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia como se anunció y, en su lugar, se absolverá a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en las instancias.

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 en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en las instancias.

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

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.36 2019 00570 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante **ARNULFO VALDERRAMA GALINDO** y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia del 14 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, mediante la cual se condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez al demandante en cuantía de $625.050 a partir del 18 de mayo de 2012, sobre 13 mesadas anuales, retroactivo pensional por la suma de $79.317.539, indexación de las mesadas adeudadas, declaró probada la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad al 25 de octubre de 2013, y condenó en costas a la demandada en cuantía de un (01) SMLMV *(min: 46:19 archivo 14.Audiencia art.80 CPT Y SS.mp4).*

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

ARNULFO VALDERRAMA GALINDO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 18 de mayo de 2012 conforme al Acuerdo 049 de 1990, intereses moratorios, indexación, costas y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento factico indicó que nació el 18 de mayo de 1952, laboró para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte por un total de 19 años, 10 meses y 15 días equivalente a 1.022,14 semanas, se afilió al ISS el día 12 de octubre de 1993, donde cotizó un total de 6,14 semanas; que solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES el 22 de febrero de 2013, quien a través de Resolución GNR 343831 del 06 de diciembre de 2013, le negó la prestación reclamada; que solicitó nuevamente la pensión de vejez el 25 de octubre de 2016 y COLPENSIONES mediante Resolución GNR 330172 le negó la pensión de vejez; nuevamente solicitó la pensión de vejez el 12 de diciembre de 2018, la que también fue resuelta de manera desfavorable; que acredita 1.022,28 semanas en toda su vida laboral, por lo que considera que es beneficiario del régimen de transición (*pág. 74 a 90, archivo "003Demanda*").

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante, la afiliación al ISS el día 12 de octubre de 1993, las solicitudes pensionales y la expedición de los actos administrativos, frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Como excepciones propuso las que denominó presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de

Colpensiones, buena fe, prescripción, no configuración de intereses moratorios e indexación y la innominada o genérica. *(pág. 1 a 14 archivo "010ContestacionDeDemanda").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 46:19, archivo "14.Audiencia art.80 CPT Y SS)

El 14 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** DECLARAR que el señor ARNULFO VALDERRAMA GALINDO le asiste el derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague una pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante ARNULFO VALDERRAMA GALINDO la pensión de vejez, a partir del 18 de mayo de 2012, en cuantía inicial de $625.050, y por 13 mesadas al año. **TERCERO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a pagar al demandante ARNULFO VALDERRAMA GALINDO la suma $79.317.539, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 25 de octubre de 2013 al 30 de septiembre de 2021, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo, tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia. Se autoriza a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional realice los descuentos correspondientes al sistema general de seguridad social en salud. **CUARTO:** DECLARAR NO PROBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, y parcialmente probada la excepción de prescripción, frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 25 de octubre de 2013. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de un (01) SMLMV. **SEXTO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandada COLPENSIONES de conformidad con el inciso tercero, artículo 69 del CPT y SS".*

El juzgado fijó como problema jurídico determinar si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición.

Para resolver indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ARNULFO VALDERRAMA GALINDO acreditaba 41 años de edad, que presenta cotizaciones al ISS desde el 12 de octubre de 1993, que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 acredita 7.155 días, equivalente a 1.022,14 semanas y por ello el régimen se le extiende hasta el 31 de diciembre de 2014, que conforme a la postura de la Corte Suprema de Justicia, sobre sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS y privados, le es aplicable al Acuerdo 049 de 1990, por lo que al cumplimiento de los 60 años de edad, 18 de mayo de 2012 acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, a partir de esa fecha con una mesada pensional de $625.050, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad al 25 de octubre de 2013 y ordenado el pago del retroactivo, debidamente indexado.

III. RECURSOS DE APELACION

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque parcialmente y en su lugar se condene a la demandada a pagar los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas. Para sustentar, indicó que conforme con la Sala Laboral de la H. CSJ, sentencia SL1681 de 2020, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se aplican a todo tipo de pensiones legales reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

Por su parte, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad. Para sustentar, indicó que si bien en un principio el demandante acredita los requisitos demarcados en el artículo 36 de la

Ley 100 de 1993 por ostentar 41 años de edad a la entrada en vigencia de dicha norma, lo cierto es que para esa data no había consolidado en el ISS 15 años de servicios cotizados al sistema y tan solo había cotizado 6.14 semanas, que no mantuvo una expectativa legitima del Acuerdo 049 de 1990 según Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto a la entrada en vigencia de éste no acreditaba las 750 semanas requeridas, que los formatos CLEBS y CETIL no acreditan el tiempo de servicios que exige la norma para acceder a la pensión de vejez; finalmente indica que en el año 2013, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para acceder a la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, se requiere que el tiempo de servicios haya sido cotizado con exclusividad al ISS hoy Colpensiones y que con la documental no se logra satisfacer tal requisito.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S,, quien actúa como apoderada principal de COLPENSIONES, a través de su representante legal sustituyó poder a la doctora Diana Leonor Torres Aldana, identificada con CC 1.069.733.703 y T.P 235.865 del C.S.J. a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicita se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada y pidiendo que no se concedan intereses moratorios.

La parte actora no presentó escrito de intervención.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo que **COLPENSIONES** es una entidad de seguridad social de naturaleza pública y que la garante de las condenas impuestas en su contra es la Nación, procede el grado jurisdiccional de consulta en su favor conforme al artículo 69 del CPTSS.

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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si le asiste derecho al demandante a la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: ***i)*** ARNULFO VALDERRAMA GALINDO nació el día 18 de mayo de 1952 *(pág. 1, archivo "003Demanda");* ***ii)*** laboró para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 16 de febrero de 1974 hasta el 07 de septiembre de 1986 y desde el 08 de septiembre de 1986 al 30 de diciembre de 1993 *(pág. 2 a 12, archivo "003Demanda");* ***iii)*** se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 12 de octubre de 1993 *(pág. 13 archivo "003Demanda.pdf");* ***iv)*** cotizó al ISS hoy Colpensiones un total de 6,14 semanas entre el 12 de octubre de 1993 al 30 de junio de 2011 *(pág. 13, archivo "003Demanda");* ***v)*** el día 22 de febrero de 2013 solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez y esta fue negada mediante Resolución GNR343831 del 06 de diciembre de 2013 *(pág. 16 a 19, archivo "003Demanda");* ***vi)*** solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES el día 25 de octubre de 2016, mediante radicado 2016_12540941 *(pág. 20 a 32, archivo "003Demanda");* ***vii)*** COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 330172 del 08 de noviembre de 2016, negó la pensión de vejez al demandante *(pág. 33 a 40, archivo "003Demanda.pdf");* ***viii)*** el demandante nuevamente

solicitó la pensión de vejez a Colpensiones el día 12 de diciembre de 2018, mediante radicado 2018_15005442 *(pág. 41 a 49, archivo "003Demanda"); **ix)*** y Colpensiones mediante Resolución SUB 96672 del 24 de abril de 2019 negó la reclamación pensional *(pág. 50 a 55, archivo "003Demanda").*

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

- **De la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 sumando tiempos públicos y privados.**

La Corte Constitucional en sentencias T 090 de 2009, T 398 de 2009, T 583 de 2010, T 093 de 2011, T 334 de 2011, T 143 de 2014, SU 769 de 2014, SU 317 de 2021 SU 273 de 2022 ha establecido la posibilidad de acumular aportes públicos y privados con el fin de acreditar los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020 cambio su criterio jurisprudencial en el sentido de establecer que los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contabilizando semanas cotizadas o tiempos de servicios no cotizados con empleadores públicos y servicios cotizados con empleadores privados, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL185 de 2021 y SL3094 de 2022, entre otras. Por ende, si un afiliado beneficiario del régimen de transición reúne los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin importar si son semanas públicas o privadas, sufragadas o no a una caja, tiene derecho a la aplicación de dicha normativa y a la tasa de remplazo conforme al artículo 20 *ibidem*.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que a quienes a la entrada en vigor acrediten 35 años o más si son mujeres o 40 años o más si son hombres o que acrediten 15 años o más de servicios cotizados podrán pensionarse con la norma anterior. El Acto Legislativo 01 de 2005 establece que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010 con excepción de aquellos trabajadores que a la entrada en vigencia de dicha norma acrediten 750 semanas o más de cotización.

- **De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la Administradora de Pensiones *(SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras).* Igualmente, el Tribunal de cierre ha establecido que tratándose de pensiones reconocidas conforme al Acuerdo 049 de 1990, esta hace parte del sistema general de pensiones y por tanto resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (SL 4011 de 2019, SL 1243 de 2019, SL 1681 de 2020 y SL 1190 de 2022).

CASO CONCRETO

Al descender al caso bajo estudio atendiendo los postulados jurisprudenciales, es claro que el demandante ARNULFO

VALDERRAMA GALINDO tiene derecho a que se le estudie la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición, contabilizando las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social, con las cotizadas en el ISS hoy COLPENSIONES, afiliación al ISS que se realizó antes de entrar en vigor el Sistema General de Pensiones, 1° de abril de 1994.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece como requisitos para acceder a la pensión de vejez para el caso de los hombres 60 años de edad y un mínimo de 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

En este asunto, ARNULFO VALDERRAMA GALINDO nació el día 18 de mayo de 1952 (*pág. 1, archivo "003Demanda*") por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 41 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición, el cual se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014, por acreditar más de 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, acredita 1.021,8 semanas a esa fecha, por haber prestado servicios públicos en el extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 16 de febrero de 1974 hasta el 30 de diciembre de 1993, tiempos que aparecen como cotizados en CAJANAL, (*pág. 2 a 12, archivo "03.Demanda" y carpeta "09.Respuesta Min- Transporte certificación tiempos laborados 28.07.2021"*).

Al 18 de mayo de 2012, fecha del cumplimiento de 60 años de edad, el demandante tiene un total de 7.154 días equivalente a 1.022 semanas en toda su vida laboral, entre tiempos públicos y privados, razón por la cual cumple con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez conforme al citado Acuerdo, lo que descarta el planteamiento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES en el

recurso, al señalar que el demandante no acredita las semanas necesarias para acceder a la prestación pensional conforme los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, motivo por el cual se confirmará la sentencia en este aspecto.

- **Sobre el valor de la mesada pensional**

Teniendo en cuenta los promedios salariales certificados por el Ministerio de Transporte, así como lo reportado por los empleadores Perdomo Bastos Felix y Consorcio M y W Ingenieros procede la Sala a determinar el valor de la primera mesada pensional para el año 2012 de la siguiente manera:

F/DESDE	F/HASTA	DÍAS	SALARIO BASE	IPC FINAL	IPC INICIAL	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/01/1984	30/12/1984	359	$31.720,00	76,190000	1,650000	$1.464.695,03	$525.825.515,88
1/01/1985	30/12/1985	360	$37.777,50	76,190000	1,950000	$1.476.034,73	$531.372.503,08
1/01/1986	30/12/1986	360	$44.367,50	76,190000	2,380000	$1.420.319,25	$511.314.931,51
1/01/1987	30/12/1987	360	$39.055,00	76,190000	2,880000	$1.033.194,60	$371.950.056,25
1/01/1988	30/12/1988	360	$39.162,00	76,190000	3,580000	$833.450,50	$300.042.178,99
1/01/1989	30/12/1989	360	$39.055,00	76,190000	4,580000	$649.694,42	$233.889.991,70
1/01/1990	30/12/1990	360	$39.055,00	76,190000	5,780000	$514.809,77	$185.331.515,92
1/01/1991	30/12/1991	360	$39.055,00	76,190000	7,650000	$388.967,38	$140.028.256,47
1/01/1992	30/12/1992	360	$39.162,00	76,190000	9,700000	$307.603,38	$110.737.216,58
1/01/1993	30/12/1993	318	$39.055,00	76,190000	12,140000	$245.107,12	$77.944.064,51
12/10/1993	22/11/1993	42	$128.125,00	76,190000	12,140000	$804.105,75	$33.772.441,31
1/06/2011	3/06/2011	1	$18.000,00	76,190000	73,450000	$18.671,48	$18.671,48
Totales		3600					$3.022.227.343,67

IBL $839.507,60 x 75% = $629.630,70.

Conforme a lo anterior, el valor de la primera mesada pensional corresponde a **$629.630,70** y la misma para el año 2022 asciende a la suma de **$1.000.000**, atendiendo que desde el año 2019 se debe reajustar al valor del salario mínimo legal mensual vigente, por cuanto la mesada reajustada conforme al IPC resulta inferior a dicho salario, según la tabla que se cita a continuación:

AÑO	IPC AÑO ANTERIOR	VALOR MESADA
2012		$629.631

AÑO	IPC AÑO ANTERIOR	VALOR MESADA
2013	2,44	$644.994
2014	1,94	$657.507
2015	3,66	$681.571
2016	6,77	$727.714
2017	5,75	$769.557
2018	4,09	$801.032
2019	3,18	$826.505
2020	3,8	$857.912
2021	1,61	$871.725
2022	5,62	$920.715

El juzgado de instancia definió como mesada pensional para el año 2022 el valor de $1.000.000 y liquidó el retroactivo pensional. Sin embargo, la suma liquidada por la Sala desde el año 2012 a 2018 es superior a la obtenida por el *a quo*, aspecto que, si bien no fue objeto de recurso por ninguna de las partes, no se puede desconocer dado que se trata de un derecho de estirpe constitucional, más aún cuando lo ocurrido es una diferencia en el cálculo efectuado por el juzgado de primer grado, siendo necesario ajustarlo al valor real, por lo que se modificará en tal aspecto la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, no resulta pertinente tasar el retroactivo de las mesadas pensionales sin que se encuentre establecida la fecha en que la entidad demandada realizará el pago de estas, por lo que se modificará el alcance de la condena.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, 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, 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 ARNULFO VALDERRAMA GALINDO solicitó a la demandada la pensión de vejez el 22 de febrero de 2013, resuelta por COLPENSIONES mediante Resolución GNR 343831 del 06 de diciembre de 2013, contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, resueltos de forma negativa por la demandada con resoluciones GNR 72613 del 4 de 2014 y VPB 32979 del 14 de abril de 2015, notificada a la parte demandante el 17 de abril de 2015, actuación con la cual se agotó la vía administrativa. No obstante, la parte demandante presentó nuevamente solicitudes pensionales el 25 de octubre de 2016, resuelta con Resolución GNR 330172 del 08 de noviembre de 2016, y el 12 de diciembre de 2018, resuelta con Resolución SUB 96672 del 24 de abril de 2019 (*pág. 15 a 60, archivo "003Demanda").*

Por lo anterior, a partir del 17 de abril de 2015, fecha de notificación de la Resolución VPB 32979 del 14 de abril de 2015, (*archivo "GEN-RES-CO-2015_3407587-20150417015600", expediente administrativo*), el demandante contaba con 3 años para presentar demanda ordinaria laboral, la cual fue radicada en reparto el 18 de julio de 2019 *(archivo 005.ActaDeReparto.pdf)*, es decir después de los 3 años que estable la norma sustantiva y procesal, motivo por el cual al haberse presentado más allá del término previsto, resultan prescritas las mesadas pensionales causadas entre el 18 de mayo de 2012 hasta el 18 de julio de 2016, siendo necesario modificar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

- **Sobre los intereses moratorios**

Frente a lo manifestado por el apoderado de la parte demandante respecto a los intereses moratorios, debe decirse que en principio le asistiría razón, por cuanto los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tienen una naturaleza resarcitoria y no

sancionatoria y por ende resultarían procedentes ante la mora en el pago de la mesada pensional. Sin embargo, la Sala Laboral de la CSJ ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

Bajo este presupuesto, se tiene que la reclamación prestacional se hizo desde el 22 de febrero de 2013, fecha para la cual aún no estaba vigente la línea jurisprudencial relacionada con la acumulación de tiempos públicos, cotizados o no cotizados, con aportes privados en aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Y si bien en el año 2014 hubo una sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional en ese sentido (SU 769 de 2014), solo hasta el año 2020 el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria adoptó el mismo criterio, razón por la cual para el presente caso no es posible imputarle mora alguna al fondo de pensiones público, motivo por el cual fue acertada la absolución impartida por la juez 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: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que el valor de la mesada pensional, en virtud del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 75%, corresponde para el año 2012 a la suma de $629.630,70, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante **ARNULFO VALDERRAMA GALINDO** el respectivo retroactivo generado por las mesadas pensionales causadas desde el 19 de julio de 2016 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago y su inclusión en nómina de pensionados, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago, conforme al IPC certificado por el DANE, teniendo en cuenta el valor de las mesadas reconocidas en esta sentencia para los años 2016 a 2018 y a partir del año 2019 el valor de la mesada corresponderá a un salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 18 de mayo de 2012 hasta el 18 de julio de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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 MURILLO VARÓN
Magistrada.

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2019-00671-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.** contra la sentencia del 09 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, ordenó reliquidar la pensión y al pago de las diferencias pensionales desde el 1º de agosto de 2016 y costas a cargo a del **DEMANDADO** (13:31 archivo "*03. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671*" carpeta "*05. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 12 archivo "*01. Expediente digitalizado 2019-00671*" carpeta "*01. Expediente hasta marzo de 2020*").**

VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA solicitó condenar a la indexación de la pensión plena de jubilación a partir del 16 de abril de 2001, retroactivo por diferencias pensionales, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.** asumió las obligaciones de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con quien sostuvo una relación laboral del 1º de septiembre de 1973 al 30 de marzo de 1992 equivalente a 18 años y 08 meses, por lo cual se le reconoció pensión especial y proporcional de jubilación efectiva desde su retiro definitivo de la entidad el 1º de abril de 1992 en virtud de la Resolución 0665 del 09 de julio de 1992, modificada por la Resolución 0451 del 10 de mayo de 1993, por un valor inicial de $116.440,02, equivalente al 62% del último salario promedio de los 6 meses de $187.806,47. Afirmó que el 16 de abril de 2001 cumplió 50 años, fecha en la que se reajustó la pensión al 75% conforme la Resolución 1179 del 29 de mayo de 2001, sin reconocer la correspondiente indexación pese haber trascurrido 09 años y 01 día entre la fecha de retiro el 1º de abril de 1992 y la fecha de causación de la pensión plena el 16 de abril de 2001, por lo cual presentó reclamación administrativa el 04 de marzo de 2014, la cual rechazó la entidad.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo "*02. CONTESTACION VICTOR MANUEL FANDIÑO PDF*" carpeta "*02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020*").**

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que asumió la carga prestacional de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en virtud del Decreto 1591 de 1989, el tiempo laborado por el **DEMANDANTE**, el reconocimiento de la pensión especial proporcional de jubilación y luego de la pensión plena correspondiente y que negó la solicitud de indexación de la primera mesada. Indicó que el Decreto Ley 895 del 03 de abril de 1991 modificado por el Decreto Ley 1851 del 27 de junio de 1991 consagró la pensión de jubilación proporcional tiempo de servicio a los trabajadores oficiales de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA que a la fecha de expedición de los decretos o durante el proceso de liquidación de la entidad tuvieran 15

o más años de servicios a la empresa, así como el derecho a la pensión plena de jubilación del 75% del salario promedio devengado en los últimos 06 meses de servicios a partir del cumplimiento de los 50 años por el trabajador oficial hombre o mujer, motivo por el cual al **DEMANDANTE** se le reconoció la pensión especial proporcional de jubilación con las Resoluciones 665 del 09 de julio de 1992 y 0451 del 10 de mayo de 1993 y de manera plena con la Resolución 1179 del 29 de mayo de 2001, la cual ya venía reajustada porque el derecho pensional ya había sido reconocido desde su pago proporcional. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (13:31 archivo "*03. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671*" carpeta "*05. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671*").

El 09 de septiembre de 2021, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(…) ***PRIMERO: DECLARAR*** *parcialmente probada la excepción de prescripción.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA la cual, para el año 2012 (Sic) debió ascender a la suma $1.278.698,98.* ***TERCERO: CONDENAR*** *al encartado a pagar las diferencias por mesadas pensionales causadas a partir del 1°. de agosto de 2016.* ***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS*** *al DEMANDADO. Inclúyase en su liquidación la suma de $500.000 por concepto de agencias en derecho.* ***QUINTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, esto es, en favor del fondo DEMANDADO. (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la indexación de la primera mesada de la pensión plena de jubilación desde 2001 y demás pretensiones reclamadas.

Para resolver indicó que conforme la posición de la H. CSJ, toda pensión en la cual exista lapso de tiempo entre la finalización del vínculo y el cumplimiento del requisito de la edad genera la indexación del salario considerado para liquidar la prestación y en el caso bajo estudio trascurrieron 09 años desde la terminación del servicio y el

reconocimiento de la pensión plena de jubilación, por lo cual indexó el IBL a $837.771,75, siendo el 75% $628.328.81, cifra superior a la reconocida en el acto administrativo que otorgó la pensión plena por $619.738,72, por lo cual condenó al pago del retroactivo desde el 1º de agosto de 2016 porque las diferencias entre mesadas anteriores están prescriptas ya que la demanda se radicó el 22 de agosto de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS** solicitó revocar el fallo. Alegó que la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció la pensión plena de jubilación desde la misma fecha que el **DEMANDANTE** cumplió 50 años, aclarando que el salario ya venía ajustado con ocasión del derecho pensional reconocido desde la fecha de retiro que era la pensión de jubilación, así las cosas, incluyó todos los factores salariales sin pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda porque pagó primero la pensión especial y luego la plena, en todo caso, la reliquidación prescribió según el artículo 151 CPTSS (15:16 archivo "*03. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671*" carpeta "*05. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la condena de la **DEMANDADA** a indexar la primera mesada de la pensión plena de jubilación del **DEMANDANTE**, 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 **VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA** nació el 16 de abril de 1951 (Pág. 68 archivo "*04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL*" carpeta "*02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020*"); ***ii)*** la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con la Resolución 000665 del 09 de julio de 1992 reconoció al demandante **VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA** pensión especial de jubilación a partir del 1º de abril de 1992 en cuantía inicial de $114.399,19 (Pág. 15 a 18 "*01. Expediente digitalizado 2019-00671*" carpeta "*01. Expediente hasta marzo de 2020*"); ***iii)*** a través de la Resolución 0451 del 10 de mayo de 1993, se modificó a $116.440.02 el monto de la pensión especial de jubilación del **DEMANDANTE** (Pág. 15 a 16 archivo "*04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL*" carpeta "*02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020*"); ***iv)*** la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS** asumió el pasivo prestacional de la extinta

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en virtud del Decreto 1591 de 1989; ***v)*** a través de la Resolución 1179 del 29 de mayo de 2001, la **DEMANDADA** reconoció al **DEMANDANTE** la pensión plena de jubilación mediante la modificación de la Resolución 000665 del 09 de julio de 1992, en cuantía inicial de $619.738,78 a partir del 16 de abril de 2001 (Pág. 36 a 37 archivo "*04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL*" carpeta "*02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020*").

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, ordenó reliquidar la pensión y al pago de las diferencias pensionales desde el 1º de agosto de 2016 y costas a cargo a del **DEMANDADO**. Contra la anterior decisión, la **DEMANDADA** presentó recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la indexación de la pensión proporcional de jubilación de los exfuncionarios de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

El Decreto 1586 de 1989, ordenó liquidar a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Con ocasión de dicha liquidación, el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, consagró dos pensiones de jubilación a favor de los empleados oficiales de FERROCARRILES, a saber: ***i)*** una pensión de jubilación proporcional a favor de quien a la fecha de expedición del Decreto 895 de 1991 o durante el término de liquidación acredita 15 o más años de servicios en FERROCARRILES, sin consideración a su edad y cuya tasa de reemplazo depende el tiempo de servicio; ***ii)*** una pensión especial de jubilación a favor de quien prestó 15 o más años de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial, 10 de los

cuales por lo menos en FERROCARRILES, proyectados hasta el 17 de julio de 1992 y que tengan 45 o más años de edad.

Al respecto, la H. CSJ ha sostenido que los beneficios de la primera pensión consagrada en las normas antes descritas, esto es, quienes prestaron 15 o más años de servicios exclusivamente a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y obtuvieron por ello la pensión proporcional de jubilación de forma proporcional y sin importar su edad, no tiene derecho a la indexación de la primera mesada de la pensión plena de jubilación del 75% del salario promedio devengado en los últimos 06 meses de servicio al cumplimiento de 50 años de edad sean hombres o mujeres, **porque ambas prestaciones corresponden a la misma pensión**, tal y como señaló en las sentencias SL Rad. 15281 del 22 de febrero de 2001, SL Rad. 31.238 del 19 de septiembre de 2007, SL Rad. 34.009 del 07 de octubre de 2008, SL Rad. 36.569 del 05 de agosto de 2009, SL Rad. 42.807 del 07 de noviembre de 2012 y SL2054 de 2022, providencias en las que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral indicó que la pensión proporcional de jubilación permitió, de manera excepcional y transitoria a una situación concreta (la liquidación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA), el acceso anticipado a la pensión de jubilación de forma proporcional, por lo que al cumplir 50 años solo se incrementa la tasa de reemplazo sin que ello implique que se trate de una prestación distinta, siendo procedente la indexación de la primera mesada única y exclusivamente a favor de quienes entre la fecha de retiro y el reconocimiento anticipado de dicha prestación soportaron una notoria solución de continuidad.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme los antecedentes normativos expuestos, no queda duda alguna de la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la **DEMANDADA**, por cuanto la pensión de jubilación reconocida al **DEMANDANTE** con ocasión de la liquidación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA no fue

otra que la pensión proporcional de jubilación sin importar la edad por 15 o más años de servicios exclusivamente a dicha Empresa.

En efecto, revisados los elementos de prueba aportados al expediente, se advierte que la **DEMANDADA** reconoció expresamente que el **DEMANDANTE** prestó su servicio a la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA por 18 años, motivo por el cual dicha entidad le reconoció con la Resolución 000665 del 09 de julio de 1992 reconoció la pensión especial de jubilación a partir del 1º de abril de 1992 en cuantía inicial de $114.399,19, cuantía inicial que se aumentó a $116.440.02 a través de la Resolución 0451 del 10 de mayo de 1993, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, prestación proporcional reconocida con una tasa de reemplazo del 62% del salario promedio de los últimos 06 meses de servicio y que fue pagada sin importar la edad del **DEMANDANTE** (Pág. 15 a 18 "*01. Expediente digitalizado 2019-00671*" carpeta "*01. Expediente hasta marzo de 2020*", Pág. 15 a 16 archivo "*04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL*" carpeta "*02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020*").

Así las cosas, el **DEMANDANTE**, quien nació el 16 de abril de 1951 y que para el 1º de abril de 1992 tenía apenas 40 años, disfrutó el acceso anticipado a la pensión de jubilación no obstante no contar con 50 años de edad, en virtud de la consagración excepcional de dicha prestación proporcional al tiempo laborado exclusivamente a favor de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con el subsecuente derecho a que dicha prestación aumentará su tasa de reemplazo de 62% al 75% una vez cumpliera el beneficiario los 50 años, sin que tal incremento pudiera considerarse como una segunda prestación independiente a la reconocida en 1992, **porque ambas prestaciones corresponden a la misma pensión**, tal y como señaló la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 15281 del 22 de febrero de 2001, SL Rad. 31.238 del 19 de septiembre de 2007, SL Rad. 34.009 del 07 de octubre de 2008, SL Rad. 36.569 del 05 de agosto de 2009, SL Rad. 42.807 del 07 de noviembre de 2012 y SL2054 de 2022.

En consecuencia, como quiera que la Resolución indica que el **DEMANDANTE** laboró para la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA hasta el 31 de marzo de 1992 y al día siguiente, 1º de abril de 1992, accedió a la pensión proporcional de jubilación, la cual es la misma prestación cuya tasa de reemplazo aumentó desde el 16 de abril de 2001 al 75% pasando a ser plena, no hay mérito alguno para indexar la primera mesada en 2001, por cuanto la pensión siempre ha sido la misma y entre la fecha de terminación del servicio y su reconocimiento no trascurrió ni un solo día.

Por las anteriores consideraciones, se revocará la sentencia de primera instancia y se declarará probada la excepción de cobro de lo no debido.

Costas de primera instancia a cargo del **DEMANDANTE** y deberá ser liquidadas por la *a quo*. 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 PROBADA la excepción de cobro de lo no debido, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo del demandante **VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA** y a favor de la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.**, las cuales deberán ser tasadas por la *a quo*. **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.

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37-2020-00107-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 14 de julio de 2022 del Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descontar gastos de administración, declaró probada la excepción propuesta por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGURO S.A.** y se abstuvo de condenar en costas (31:17 archivo "*03Audiencia*" carpeta "*Audios*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 33 archivo "*Proceso Ordinario.2020-00107*").**

JOSÉ ALFREDO MELÉNDEZ FLÓREZ solicitó declarar nulo su traslado al RAIS, reactivar su vinculación al RPM, trasladar el saldo de su CAIP, condenar a **PORVENIR S.A.** a la indemnización de daños morales y patrimoniales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de octubre de 1958; que el 19 de mayo de 1987, se afilió al extinto ISS; que el 25 de abril de 1994, se trasladó al RAIS mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, a **COLFONDOS** en enero de 2003 **S.A.**, a **PORVENIR S.A.** en septiembre de 2008 y a **SKANDIA S.A.** en julio de 2015, 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. Afirmó que desde enero de 2010 solicitó proyección pensional y **PORVENIR S.A.** contestó combinando el ahorro obligatorio y voluntario, lo cual disfrazó las debilidades del RAIS y solo hasta julio de 2018, a través de un experto actuarial, conoció que su pensión en el RPM sería de $839.804 al ser el 61,77% de su IBL y en el RAIS sería inferior a 1 SMLMV y que las AFP nunca desplegaron acción alguna para corregir al omisión de brindar información oportuna y clara sobre las consecuencias de permanecer en el RAIS y las condiciones más favorables del RPM.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y su vinculación al ISS. Afirmó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y entre AFP, no obstante, advirtió que la **DEMANDANTE** no acreditó causal de nulidad o ineficacia y que los formularios de afiliación cumplen los requisitos legales exigidos en la normatividad vigente a la fecha de cada acto, los cuales fueron suscritos por el afiliado con constancia expresa de haber recibido asesoría sobres las condiciones del régimen pensional, las cuales se pueden consultar en la ley, tampoco procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad ni se puede exigir a las AFP cumplir estándares del deber de información impuestas con normas expedidas con posterioridad al traslado. 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. 2 a 42 archivo "*8. Contestación*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. NO aceptó ningún hecho. Indicó que el traslado del afiliado al RAIS en 1994 fue libre e informada, precedida de una amplia asesoría sobre el funcionamiento del RAIS y las implicaciones de su decisión según sus condiciones pensionales, de lo cual quedó constancia escrita en el formulario de afiliación suscrito según los requisitos legales vigentes a la fecha del acto, sin que exista causal de nulidad o ineficacia de tal acto y si la hubo se saneó con el tiempo y la ratificación de permanecer en el RAIS por los años de permanencia en tal sistema sin presentar queja ni solicitud de retorno al RPM, al cual no puede retornar por la restricción de traslado por edad, sin que el afiliado pueda alegarse la propia culpa o desconocimiento de la Ley a su favor. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 3 a 51 archivo "*16. Contestación*", archivo "*21. Subsanación*").

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado. Indicó que no le constan las circunstancias de traslado al RAIS, en todo caso, el **DEMANDANTE** se afilió a **COLFONDOS S.A.** en julio de 2003, tras brindar asesoría suficiente, completa y veraz sobre las condiciones del RAIS y como surge el derecho pensional en tal régimen y las consecuencias de permanecer en el mismo, así como las condiciones del RPM, tras lo cual tomó la decisión de vincularse a la AFP, acto que cumple las condiciones legales vigente para la fecha y sin que haya prueba de causal de nulidad o ineficacia de la misma. 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, prescripción de la acción, ratificación de la afiliación a **COLFONDOS S.A.**, compensación y pago y la genérica (Pág. 4 a 23 archivo "*18. Contestación*").

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la afiliada en 2015 y que negó la solicitud de dejar sin efectos la vinculación al RAIS. Señaló que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, de otra parte, indicó que la forma como se calcula la mesada pensional no es caprichosa sino obedece a las condiciones legales que reglamentan el sistema de pensiones y sin que las proyecciones pensionales efectuadas fueran definitivas, de otra parte, aseguró que cumplió las exigencias legales vigentes a la fecha de vinculación para la validez del traslado de AFP y que el formulario de afiliación es prueba idónea de la asesoría que brindó sobre las características de los regímenes pensionales y en todo caso, para la fecha de la vinculación, no había motivo para promover el retorno al RPM porque el afiliado ya estaba sometida a la restricción de traslado por edad, sin que el **DEMANDANTE** pueda alegar el desconocimiento de la ley a su favor. Interpuso las excepciones de **SKANDIA** no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el **DEMANDANTE** está inhabilitado para el traslado del régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos del proceso no son iguales ni parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el **DEMANDANTE**, prescripción, buena fe y la genérica (Pág. 3 a 23 archivo "*17. Contestación*").

SKANDIA S.A. solicitó el llamamiento en garantía de **MAPFRE ASEGURADORA COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** La llamada en garantía contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, no aceptó ningún hecho, afirmó que la **DEMANDANTE** debe acreditar los fundamentos fácticos de sus pretensiones, además los formularios de afiliación cumplen los requisitos legales exigibles para la fecha en que fueron suscritos y plasman una manifestación escrita de haber recibido una adecuada asesoría, siendo decisión libre e informada del

afiliado vincularse al RAIS, acto que ratificó con su años de permanencia y porque nunca solicitó retorno al RPM, interpuso las excepciones de acto de afiliación al RAIS debidamente informado y corresponder a la autonomía de la voluntad sin mediar error o vicio alguno del consentimiento y por ello es licito y valido, inhabilidad legal del **DEMANDANTE** para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

MAPFRE S.A. también se opuso al llamamiento en garantía, alegando que no se presentó ninguna pretensión expresa contra la compañía de seguros y en todo caso no le es exigible la devolución de primas pagadas. Aceptó los hechos relativos a que suscribió contrato de seguro previsional vigente del 1º de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2018, que solo cubrió el riesgo de muerte común, invalidez y auxilio funerario, por lo cual la prima fue debidamente devengada por cada periodo mensual de cobertura efectivamente brindado, sin que exista identidad entre el objeto del seguro y las pretensiones contra el llamante. Interpuso las excepciones de que **SKANDIA S.A.** carece de amparo o cobertura porque el objeto de protección no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, **MAPFRE S.A.** no esta obligada a devolver la prima ni la contraprestación del seguro porque fue legalmente devengada, a **MAPFRE S.A.** no le es oponible los efectos de una eventual sentencia condenatoria, inexistencia de derecho contractual por parte de **SKANDIA S.A.**, prescripción de la acción y reconocimiento oficio de excepciones (archivo "*22. Contestación*", Pág. 2 a 24 archivo "*25. Subsanación*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (31:17 archivo "*03Audiencia*" carpeta "*Audios*").

El 14 de julio 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 del traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor JOSÉ ALFREDO*

MELÉNDEZ FLÓREZ del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su momento por la AFP HORIZONTE, que tuvo como fecha de suscripción el 25 de abril de 1994. En consecuencia, se declara válida su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada SKANDIA 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 de la DEMANDANTE junto con el reconocimiento de los gastos cobrados por administración, conforme se dispuso en la parte motiva de la decisión.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los costos cobrados por administración durante su afiliación, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.* ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones propuestas por las demandadas.* ***QUINTO: DECLARAR*** *probada la excepción propuesta por la llamada en garantía denominada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. frente a la acción material ejercida por la parte DEMANDANTE carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGURO S.A.; por lo que se impone la absolución de esta entidad.* ***SEXTO: SIN COSTAS*** *en esta instancia.* ***SÉPTIMO:*** *Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudié la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta (…)".*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si fue ineficaz el traslado del **DEMANDANTE** y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la normatividad y precedente de la H. CSJ, la libertad de selección de régimen pensional depende de que la AFP cumpla su deber de información y consejo, cumplimiento que debe acreditar la AFP sin que baste el formulario de afiliación, el cual solo demuestra voluntad pero no que ésta sea informada, carga de la prueba que no demostraron las **AFP DEMANDADAS**, además no hubo confesión del **DEMANDANTE** y si bien este recibió proyección pensional 1 día antes de cumplir 52 años, tal acto no fue diligente porque la AFP duró 08 meses en contestar y no explicó las variables que consideró para determinar un monto pensional en RAIS mayor al del RPM ni las condiciones de ambos regímenes. Absolvió a **SKANDIA S.A.** del llamamiento en garantía porque las pretensiones de la

demanda no guardan relación con el objeto asegurado. No condenó en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Afirmó que las AFP no desconocen el deber de información pero éste se intensificó con la Ley 1328 de 2009 y no se puede exigir el mismo alcance impuesto por normas no vigentes a la fecha del traslado, como las condiciones de los regímenes pensionales esta en las ley de público acceso, no se puede alegar la ignorancia de ella a favor y el afiliado suscribió voluntariamente el traslado y ratificó permanecer en el RAIS con su traslado de AFP, además como consumidor financiero el afiliado debe informarse de las condiciones del sistema pensional que eligió con los mecanismos de divulgación de la AFP siguiendo el Decreto 2241 de 2010, en todo caso, acceder a las pretensiones afecta el principio de sostenibilidad financiera. De forma subsidiaria, reclamó confirmar la absolución de costas y devolución de gastos (31:17 archivo "*03Audiencia*" carpeta "*Audios*").

La demandada **SKANDIA S.A.** solicitó revocar los numerales 2 y 5 del fallo. Indicó que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 señala que en caso de traslado del RAIS al RPM solo deben devolverse aportes obligatorios y al fondo de garantía de pensión mínima, sin incluir los gastos de administración y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 permite el cobro de dichos gastos como contraprestación de la adecuada gestión del fondo y ya no están en sus manos porque se usaron para los seguros previsionales, De forma subsidiaria, indicó que los gastos no cubren la pensión y prescriben. Frente el llamamiento en garantía, afirmó que hay fundamento legal para imponer la condena, porque al no haber traslado al RAIS no hay interés asegurable y el artículo 1137 CCo señala que al perderse un elemento esencial del seguro éste queda sin efectos (39:36 archivo "*03Audiencia*" carpeta "*Audios*").

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Aseguró que el traslado de régimen fue eficaz porque no se acreditó vicio del

consentimiento, el formulario es público y se presume autentico y cumple la exigencia del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por ende, no se puede considerar que el formulario es una declaración vacía sino una expresión de fondo de voluntad de permanecer en el RAIS, sin que puedan imponerse a la AFP cargas no vigentes a la fecha del traslado so pena de vulnerar el debido proceso y confianza legítima porque no había ninguna orden de documentar la asesoría verbal y hasta 2016 solo el formulario acredita la asesoría y el **DEMANDANTE** no usó los canales de información ni puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor. De otra parte, no procede la devolución de gastos a **COLPENSIONES** porque se genera un enriquecimiento sin justa causa ya que ninguna norma impone su devolución, ya que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señala que solo se debe trasladar el CAIP y rendimientos, sin que los gastos financien la pensión y además son propiedad de la AFP y no del afiliado, ya que son la contraprestación por la gestión de aportes, gastos que también se cobran en el RPM y son prescriptibles, en todo caso, si se confirma la devolución de gasto se compensan con los rendimientos (43:52 archivo "*03Audiencia*" carpeta "*Audios*").

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 cuanto se ajusta a derecho y a lo probado en el juicio. La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo y acceder a su recurso de apelación, porque no procede el retorno al RPM por la restricción por edad, no se puede exigir el cumplimiento del deber de información con estándares actuales no vigentes a la fecha del traslado al RAIS, no se acreditó vicio del consentimiento ni que la posibilidad pensional no sea viable en el RAIS. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo porque no se acreditó causal de nulidad o ineficacia, se demostró que el traslado al RAIS fue válido, consciente y se ratificó con los más de 20 años de vinculación sin queja o solicitud de retorno al RPM, saneando cualquier irregularidad con el paso del tiempo y la ratificación de la **DEMANDANTE** de pertenecer al

RAIS, por lo cual no hay mérito a declarar la ineficacia ni ordenar la devolución de gastos de administración.

Por su parte, la doctora Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, en su calidad de apoderada general de **PORVENIR S.A.** conforme certificado de existencia y representación legal, solicitó revocar el fallo y de forma subsidiaria absolver de la devolución de gastos de administración, por cuanto el deber de asesoría inicio con la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, hubo una adecuada información previa a la vinculación al fondo de lo cual quedó constancia por escrito en el formulario, no se ejerció el derecho de retracto, no se demostró causal de nulidad, el afiliado no tenía régimen de transición, no hubo engaño ni afectación de expectativas legitimas, ni se demostró un perjuicio a reparar y prescribió la acción. La apoderada principal de **SKANDIA S.A.** revocar parcialmente el fallo, reiterando los argumentos expuestos en su recurso de apelación. Finalmente, la apoderada principal de **MAPFRE S.A.** solicitó confirmar su absolución, porque no le asiste responsabilidad como llamada en garantía en asumir las condenas de **SKANDIA S.A.** porque el objeto del contrato de seguro previsional difiere de las pretensiones elevadas contra la llamante.

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 con **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y de impartir condena contra la llamada en garantía, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **JOSÉ ALFREDO MELÉNDEZ FLÓREZ** nació el 15 de octubre de 1958 (Pág. 39 archivo "*Proceso Ordinario.2020-00107*"); ***ii)*** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 19 de mayo de 1987 al 24 de abril de 1994, cotizando 347,71 semanas (carpeta "*32. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO*"); ***iii)*** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** del 25 de abril de 1994, efectivo a partir del 1º de mayo de 1994 (Pág. 114 y 117 archivo "*16. Contestación*"); ***iv)*** el **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario del 11 de julio de 2003, efectivo a partir del 1º de septiembre de 2003 (Pág. 98 a 100 archivo "*18. Contestación*"); ***v)*** el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 16 de julio de 2008, efectivo a partir del 1º de septiembre de 2008 (Pág. 113 y 117 archivo "*16. Contestación*"); ***vi)*** el **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 22 de mayo de 2015, AFP donde permanece vinculado y acumula 1309 semanas cotizadas al febrero de 2020 (Pág. 38 a 47 archivo "*17. Contestación*").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descontar gastos de administración, declaró probada la excepción propuesta por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGURO S.A.** y se abstuvo de condenar en costas. Contra la anterior decisión **SKANDIA S.A.**, **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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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.

- **Sobre el llamamiento en garantía.**

El artículo 64 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 sustancia 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 CGP indica expresamente que la demanda por la cual se llame en garantía debe cumplir los requisitos exigidos en el artículo 82 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 vinculo 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.

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, 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 los formularios de afiliación, sin que la firma del mismo por el afiliado las eximiera de tal exigencia, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio de parte que sus aportes en el fondo privado generan rendimientos a través de inversiones y que recibió una proyección pensional, dichas manifestaciones no equivalen a confesión porque el afiliado no reconoció expresamente haber sido debidamente asesorado al momento de su traslado al RAIS para conocer el alcance y consecuencias de su decisión, a la vez que aclaró que la proyección pensional que recibió el 14 de octubre de 2010, un día antes de cumplir 52 años, le proyectó una mesada en RAIS de $1.823.102 y en el RPM de $515000, sin explicar las implicaciones, ventajas y desventajas de pertenecer en uno u otro régimen ni explicar que en el cálculo se consideraron los aportes a pensión voluntaria, frente los cuales indicó el afiliado que los consideró un ahorro no relacionado con la pensión porque solo se le explicó que

eran para disminuir la declaración de renta (Pág. 64 a 66 archivo "*Proceso Ordinario.2020-00107*").

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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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 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.

La Sala rechazará la solicitud de **SKANDIA S.A.** de ordenar a la llamada en garantía **MAPFRE S.A.** la devolución de las primas de seguro previsional recibidas por dicha compañía de seguros con ocasión de la vinculación del afiliado

En efecto, el llamamiento de garantía es una figura procesal por la cual el llamante, en virtud de una relación material de garantía de tipo personal, puede pedir que se transfieran al convocado las consecuencias pecuniarias desfavorables en contra del llamante ordenadas en el fallo, en virtud del derecho legal o contractual de exigir la indemnización del perjuicio, el reembolso o el saneamiento por evicción.

En el presente asunto, si bien OLD MUTUAL S.A. hoy **SKANDIA S.A.** celebró contrato de seguro previsional con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a fin de cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados de la AFP entre 2015 y 2018, el contenido de las pólizas aportadas con la contestación de la demanda acredita que el único riesgo cubierto por la compañía aseguradora fue la suma adicional para financiar las posibles pensiones de invalidez, sobrevivientes y auxilio funerario, sin incluir ninguna amparo de las consecuencias pecuniarias derivadas de la declaración judicial de ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslados entre AFP (Pág. 71 a 75 archivo "*17. Contestación*").

Las pólizas allegadas no acreditan que la compañía aseguradora se haya obligado a cubrir el riesgo pecuniario de la devolución de gastos administrativos cobrados al afiliado durante su permanencia a la AFP, con ocasión de la ineficacia del traslado del régimen pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo, por tanto, dicho riesgo no fue trasladado del tomador al asegurador en los términos señalados en los artículos 1037, 1045, 1054, 1056 CCO y no hay ningún mérito para acceder al llamamiento en garantía reclamado.

En cuanto el argumento de que la compañía de seguros debe comparecer a juicio porque recibió las primas del seguro previsional, el mismo es abiertamente contradictorio a la regla jurisprudencial de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ expuesta a lo largo de esta sentencia de que los efectos patrimoniales de la ineficacia del traslado pensional por omisión de las obligaciones de información y buen consejo los asume la AFP con cargo a sus propios recursos.

Así las cosas, si bien **SKANDIA S.A.** alegó que pagó primas de seguro previsional a la llamada en garantía, ello no obsta para desconocer que es la AFP y no la compañía de seguros quien debe asumir con cargo a sus propios recursos el perjuicio económico de retornar el afiliado al RPM, sin que dicho riesgo haya sido transferido contractualmente a la aseguradora.

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 **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación 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 salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros deberán ser indexados y asumidos por **SKANDIA S.A.** con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar **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 dichas Sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos.

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

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

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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE ALFREDO MELENDEZ FLOREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00107 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 38-2021-00242-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 12 de septiembre de 2022 del Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ilegal la afiliación a **PORVENIR S.A.**, trasladar las cotizaciones integralmente efectuadas e indexadas, con cargo al saldo de la CAIP y de resultar saldo a favor remitirlo al fondo de solidaridad pensional y de ser insuficiente asumir las **AFP DEMANDADAS** la condena con cargo a sus recursos propios y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (01:15:25 archivo "*25AudienciaSentenciaCondeNulidad20220912*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 a 10 archivo "*01DemandaOrdinaria*").**

LESLY MAYIBE ARDILA ARIZA solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS, traslado de aportes, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 24 de noviembre de 1960; que se afilió a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN – CAJANAL desde el 13 de septiembre de 1983 conforme el Decreto 929 de 1976 y Ley 33 de 1985, que se trasladó en septiembre de 2002 al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y en junio de 2011 se trasladó 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 08 de abril de 2021 solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM por ineficacia de traslado al RAIS, petición que reiteró a las AFP el 14 de abril de 2021, la cual fue rechazada.

- **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 el traslado al RAIS mediante vinculación a la AFP fue libre, espontánea y sin engaños, precedida de una asesoría amplia y oportuna sobre los regímenes pensionales, lo cual permitió al afiliado conocer las consecuencias de pertenecer en uno u otro, tras lo cual decidió pertenecer al RAIS, así mismo, garantizó el derecho de retracto y el traslado de AFP o régimen con las condiciones legales, de lo cual quedó constancia escrita en el formulario de afiliación, sin que mediara ningún acto doloso contra la libertad de selección de régimen pensional, ni fuera demostrada causal de nulidad o de ineficacia por la afiliada, por ende, no hay mérito para acceder a lo solicitado y menos cuando se pide evaluar el cumplimiento de obligaciones por la AFP no vigentes para la fecha del traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 1 a 29 archivo "*CONT Y MED 2021-00242*" carpeta "*05ContestacionDemanda20210902*").

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada y que

negó la solicitud de traslado al RPM. Señaló que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, sin embargo, de manera previa al traslado de AFP brindó asesoría integral sobre las implicaciones de permanecer en uno u otro régimen pensional, sus características y su funcionamiento, lo cual permitió a la **DEMANDANTE** vislumbrar las implicaciones de su decisión, tras lo cual libre y voluntariamente se vinculó a **COLFONDOS S.A.**, por ende, no se configuró ninguna causal de nulidad o ineficacia porque la vinculación cumplió todos los requisitos legales, hubo asesoría e información al afiliado conforme la manifestación escrita que se plasmó en el formulario de afiliación, no es viable imponer cargar de asesoría no vigentes a la fecha del traslado de AFP y en todo caso la afiliada exteriorizó su deseo de permanecer en el RAIS al no hacer uso del derecho de retracto ni solicitar su traslado al RPM por más de 20 años. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a **COLFONDOS S.A.**, prescripción, compensación y pago y la genérica (Pág. 1 a 13 archivo "*CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS DTE LESLY MAYIBE ARDILA ARIZA*" carpeta "*06ContestacionDemanda20210906*").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada y que negó su traslado al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y por ende la **DEMANDANTE** debe acreditar las mismas, no obstante, señaló que el formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** cumple las condiciones exigidas por la normatividad vigente para la fecha y por ende es un medio válido de exteriorización de la voluntad del cotizante de traslado al RAIS, sin que puedan exigirse condiciones impuestas por normas expedidas con posterioridad a tal traslado, además no hay prueba de ninguna causal de nulidad o ineficacia del traslado y la afiliada no puede alegar el desconocimiento de la ley o su propia negligencia a su favor, de otra parte no es viable el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afecta la sostenibilidad financiera del

sistema. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, aplicación del precedente 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, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la genérica (Pág. 2 a 22 archivo "*Contestación Lesly Mayibe Ardila Ariza*" carpeta "*09ContestacionColpensiones20211008*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:15:25 archivo "*25AudienciaSentenciaCondeNulidad20220912*").

El 12 de septiembre 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 LESLY MAYIBE ARDILA ARIZA con destino a la AFP PORVENIR S.A. el 24 de junio del año 2002. 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 las AFP COLFONDOS S.A. y 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 integralmente efectuadas y recibidas respecto de la DEMANDANTE, con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 cotización integralmente recibida en el RAIS igual al valor indexado, debiéndose tomar para el efecto como índice inicial el del mes en que se verificó la cotización integral correspondiente y como índice final el del momento que se efectué 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 este procedimiento, resaltando que el pago 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. y de la AFP COLFONDOS S.A., en proporción a la densidad de cotizaciones percibidas en el marco de la vinculación de la actora, lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que de existir saldos a favor en la cuenta de ahorro por concepto de rendimientos, los recursos correspondientes deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.* ***TERCERO: EXCEPCIONES*** *dadas las resultas del juicio, el Despacho no declarará probado algún medio exceptivo propuesto por las accionadas.* ***CUARTO:***

COSTAS. *Lo serán a cargo de la 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, en favor de la DEMANDANTE.* ***QUINTO:*** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR, lo anterior en la medida que sean impuestos cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (…)".*

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

Para resolver indicó que el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 prohíbe a la AFP negar la afiliación y la opción de desincentivar la misma solo procede frente a personas excluidas del RAIS o que no han cumplido el plazo exigido para su traslado de AFP o de régimen conforme los artículos 13 y 61 *ibídem*, sin embargo, **PORVENIR S.A.** no consideró que el traslado al RAIS debía hacerse cada 3 años y como la afiliada se entiende afiliada al RPM desde 1994, solo podía efectuar el traslado de régimen en 1997 y 2000 o en el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003, pero tal acto se realizó en 2002, por lo cual es ilegal y el Despacho se relevó de analizar la presunta falta de información porque el traslado al RAIS es ilegal de por sí. Condenó en costas a **PORVENIR S.A.** porque su actuación generó la ilegalidad del traslado al RAIS.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó modificar el fallo, por cuanto no fue ilegal el traslado al RAIS sino ineficaz porque la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información con el potencial afiliado porque no demostró que le brindó información clara, completa y suficiente sobre las condiciones de los regímenes pensionales y las implicaciones concretas de permanecer en el uno o en el otro según la situación particular de la **DEMANDANTE**, por lo cual no importa si es abogada y podía conocer la normatividad abstracta sobre los regímenes pensionales ya que se debe demostrar que se recibió información focalizada a la condición puntual del potencial afiliado, sin que las leyendas preimpresas del formulario de afiliación demuestren ello, ni

hubo confesión de la **DEMANDANTE** en tal sentido (01:18:24 archivo "*25AudienciaSentenciaCondeNulidad20220912*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocare el fallo. Afirmó que es errónea la interpretación del Juez sobre el plazo para realizar el traslado de régimen pensional, porque tal acto no se debe realizar el día exacto en el cual se cumple el término, sino que se debe considerar que es un periodo de carencia que una vez cumplido otorga el derecho al traslado en cualquier tiempo, a su vez, el Decreto 1833 de 2016 señala que las personas vinculadas al ISS en 1994 que no ratificaron ante el Instituto dicha vinculación y procedieron al traslado al RAIS se entienden válidamente vinculados al régimen de ahorro. De otra parte, señaló que tampoco hay ineficacia del traslado al RAIS porque se trató de una decisión libre de la **DEMANDANTE**, quien ratificó su decisión con los años de permanencia en el RAIS, además el formulario de afiliación cumple las condiciones exigidas por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 para ser válido y su firma implicó aceptar todas las condiciones del RAIS, sin que sea procedente el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque un consumidor financiero no puede desconocer sus obligaciones contractuales reciprocas de indagar sobre el producto contratado conforme el Decreto 2241 de 2010 y el artículo 1495 CC, por último, **COLPENSIONES** no debe ser objeto de condena porque no generó la posible ineficacia ni desincentivo la permanencia en el RPM (01:26:59 archivo "*25AudienciaSentenciaCondeNulidad20220912*").

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 acceder a su recurso de apelación, reiterando los argumentos del mismo. Por su parte, la apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, alegando los argumentos expuestos en su recurso de apelación. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** reclamó confirmar el fallo, por cuanto si bien no se acreditó causal de nulidad ni de ineficacia, incluyendo la presunta falta de información alegada por la afiliada, por

el contrario se demostró que el traslado al RAIS fue válido y consciente y se ratificó la decisión de pertenecer al mismo con los más de 20 años de vinculación en éste sin queja o solicitud de retorno al RPM, siendo saneada cualquier eventual irregularidad por el paso del tiempo y la ratificación de la **DEMANDANTE** de pertenecer al RAIS, por lo cual no hay mérito a declarar la ineficacia ni mucho menos ordenar la devolución de gastos de administración. Agotado el término, el apoderado de **COLFONDOS S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **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 **LESLY MAYIBE ARDILA ARIZA** nació el 24 de noviembre

de 1960 (Pág. 11 archivo "*01DemandaOrdinaria*"); ***ii)*** la **DEMANDANTE** se afilió a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL del 13 de septiembre de 1983 al 30 de septiembre de 1991, con ocasión de sus vinculaciones como servidora pública (Pág. 12 a 21 archivo "*01DemandaOrdinaria*"); ***iii)*** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 29 de junio de 2002, efectivo a partir del 1º de agosto de 2002 (Pág. 76 a 79 archivo "*CONT Y MED 2021-00242*" carpeta "*05ContestacionDemanda20210902*"); la **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.**, vinculación que aceptó tácitamente la AFP al señalar que negó la solicitud de traslado al RPM y que se ratifica con la historia laboral expedida por dicha AFP (Pág. 22 a 34 archivo "*01DemandaOrdinaria*", Pág. 2 "*CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS DTE LESLY MAYIBE ARDILA ARIZA*" carpeta "*06ContestacionDemanda20210906*").

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ilegal la afiliación a **PORVENIR S.A.**, trasladar las cotizaciones integralmente efectuadas e indexadas, con cargo al saldo de la CAIP y de resultar saldo a favor remitirlo al fondo de solidaridad pensional y de ser insuficiente asumir las **AFP DEMANDADAS** la condena con cargo a sus recursos propios y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** 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:

"(…)

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

(…)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, 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 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 del *a quo* de declarar ilegal la vinculación a **PORVENIR** por desconocer la prohibición de traslado de régimen pensional, anunciado desde ya que le asiste razón a los recurrentes, tal y como pasa a exponerse.

En efecto, es relevante considerar el concepto de **afiliación** al Sistema General de Pensiones, acto vitalicio que se efectúa una única vez a través de la primera inscripción a dicho sistema, tal y como indica el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 2.2.2.1.2 del Decreto 1833 de 2016.

Como el acto de afiliación es uno solo, 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, consagran dos escenarios posibles para 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 o los servidores vinculados a una Caja, Fondo o Entidad del Sector Público mientras no se ordene su liquidación continuaron *automáticamente* suscritos a dichas entidades, sin necesidad de diligenciar formulario o emitir comunicación alguna y podían cambiar por primera vez, en cualquier tiempo, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, tras lo cual quedarían cobijados por la restricción de 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 quedaron inmediatamente cobijados por la restricción de traslado de régimen pensional del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Acorde con las normas ya citadas, 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, señaló que *una vez trascurrido el plazo*

del 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 son ineficaces los traslados de régimen que se hagan sin el cumplimiento del tiempo mínimo de permanencia.

Así las cosas, a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones la **DEMANDANTE** estaba vinculada a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, por cuanto se afilió al Sistema General de Pensiones a través de dicha Caja el 13 de septiembre de 1983 y conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016, siguió automáticamente vinculada a CAJANAL desde el 1º de abril de 1994, y para el 1º de abril de 1997 cumplió el plazo de 3 años exigido en la redacción original del literal e) de la Ley 100 de 1993 para trasladarse válidamente de régimen hacia el RAIS y, en caso de duda, el propio artículo 11 del Decreto 692 de 1994 indica que quienes continuaron automáticamente vinculados a las Cajas podían válidamente trasladarse al RAIS en cualquier tiempo, por lo cual la Sala revocará la decisión de declarar ilegal la vinculación a **PORVENIR S.A.**

Procede la Sala a resolver la viabilidad de acceder a las suplicas del recurso de apelación del **DEMANDANTE** de declarar ineficaz el traslado al RAIS por incumplimiento de las **AFP DEMANDADAS** del deber de información.

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

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, las **AFP DEMANDADAS** 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 **PORVENIR S.A.** se limitó a aportar el formulario de afiliación, lo cual ni siquiera hizo **COLFONDOS S.A.**, sin que la firma del mismo por el afiliado las eximiera de tal exigencia, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de dicha obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

Si bien la **DEMANDANTE** indicó en su interrogatorio de parte que la motivación para trasladarse al RAIS a través de su vinculación a **PORVENIR S.A.** lo fue para dejar el saldo de su CAIP a sus hijos en caso de fallecimiento del afiliado, lo cual corresponde a una de las características del RAIS, tal manifestación no equivale a confesión porque el afiliado no reconoció expresamente el haber sido debidamente asesorada al momento de su traslado al RAIS para conocer el alcance y consecuencias de su decisión.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las **DEMANDADAS** y modificará el fallo para 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.

Si bien no se demostró que la DEMANDANTE haya estado afiliada al extinto ISS, **COLPENSIONES** es la llamada a reactivar la vinculación al RPM, porque en virtud de la ineficacia del traslado al RAIS se debe considerar que la afiliada nunca se trasladó del RPM y siguió vinculada a la extinta CAJANAL y como solo tenía 48 años para el 1º de julio de

2009, no cumplía para entonces los requisitos para acceder la pensión de jubilación o vejez y debía trasladarse a **COLPENSIONES** en virtud del Decreto 2196 de 2009, que ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y el traslado masivo de sus afiliados al extinto ISS salvo aquellos que al 1º de julio de 2009 tuvieran cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez.

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 por incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo.

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.

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 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 primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó la demandante **MARTHA ROCÍO MELO PÁEZ**, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo 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 de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, , valores que salvo el capital ahorrado y rendimientos financieros 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. En igual sentido, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar **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 **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.

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

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

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. Aclaración de voto

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LESLY MAYIBE ARDILA ARIZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2021 00242 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.39 2019 00624 02

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre 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 **JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS** contra la sentencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra *(min 38:09, archivo "01VideoAudiencia", carpeta "30VideoActaAudiencia20220914)").*

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad e 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, incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, ordenando

a COLPENSIONES a recibir los aportes para el posterior estudio de la pensión de vejez, se condene a intereses moratorios, indexación, ultra y extra *petita* y costas procesales.

Como fundamento factico indicó que nació el 08 de agosto de 1955, laboró para varios empleadores desde el 14 de noviembre de 1975, acumulando un total de 1.361 semanas, inicialmente cotizadas en el ISS hoy COLPENSIONES hasta julio de 1998 cuando se trasladó de régimen pensional a COLFONDOS. Afirmó que dicho traslado se dio de manera presuntamente engañosa, sin verificar el historial pensional y sus aportes significativos, no se le advirtió sobre las consecuencias jurídicas y económicas que afectarían su derecho pensional, sin brindarle una información detallada y omitiendo los beneficios que ostentaba como afiliado del ISS; que cuando se dio cuenta del daño jurídico y económico, solicitó a COLFONDOS, en comunicación del 05 de agosto de 2019, la anulación de la afiliación y a COLPENSIONES, en la misma fecha, solicitó su retorno al RPM, peticiones que fueron negadas, y finalmente, refirió que su mesada pensional en el RPM seria de $2.500.000 a partir del 01 de junio de 2018 *(pág. 3 a 14, archivo "01ExpedienteDigitalFolios1a37").*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, la afiliación al RPM, las solicitudes presentadas y sus respuestas, frente a los demás 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 y la innominada o genérica *(pág. 16 a 48, archivo "03ExpedienteDigitalFolios39a70").*

COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, a la petición presentada y su respuesta, frente a los demás 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, pago y validez del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en Colfondos y trámites de la solicitud de pensión (*pág. 1 a 33, archivo "02Contestacion", carpeta "08MemorialesContestacion…").*

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

COLFONDOS S.A. formuló demanda de reconvención en contra de **JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS** solicitando que, si se llegase a condenar por ineficacia del traslado, se ordene al demandante a reintegrar los valores pagados por concepto de mesadas pensionales, junto con la indexación y costas procesales.

Como fundamento factico indicó que el demandante el 28 de noviembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, la cual fue resuelta mediante comunicado de 12 de diciembre de 2018, bajo el radicado BP-R-I-L41404-11-18, donde le aprobó el reconocimiento de la pensión de vejez en modalidad de retiro programado, con una mesada igual a $1.180.000 pagaderos a partir del mes de diciembre de 2018. *(pág. 1 a 5, archivo "02SubsanacionDemandaReconvencion", subcarpeta "03SubsanacionDemandaReconvencion20210818", carpeta "DEMANDA RECONVENCION").*

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la vinculación al RAIS y el reconocimiento pensional, frente a los demás señaló no ser ciertos o no constarle *(pág. 1 a 6, archivo "02Contestacion", subcarpeta "06ContestacionDemandaReconvencion20210929", carpeta "DEMANDA RECONVENCION").*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
(Min. 38:09, archivo "01VideoAudiencia", carpeta "30VideoActaAudiencia20220914")

El 14 de septiembre de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"***(…) PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE*** *la acción de ineficacia frente al presente asunto teniendo en cuenta la calidad de pensionado del demandante JAIRO DE JESÚS GUZMAN LAGOS y, en consecuencia, DENEGAR las pretensiones de la demanda.* ***SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la parte demandante dentro de la cual se debe incluir como agencias en derecho la suma de $400.000 pesos a cargo del demandante y a favor de las demandadas, que se deberán distribuir a favor de las dos demandadas, $200.000 para COLFONDOS y $200.000 para* ***COLPENSIONES. TERCERO: CONCÉDASE*** *el grado jurisdiccional de consulta por resultar adversa al demandante.".*

El Juzgado fijó como problema jurídico establecer si era procedente declarar la ineficacia del traslado atendiendo que el demandante se encuentra pensionado por parte de COLFONDOS desde el 2018. En caso positivo, si el actor debía reintegrar o no el valor de las mesadas canceladas a COLFONDOS.

Para resolver, el Juzgado indicó que si bien en el proceso se demostró que el demandante al momento del traslado del régimen pensional se le vulneró el derecho a la información y la garantía que establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al demandante se le reconoció una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado desde el año 2018, por lo que en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 373 de 2021, donde se estableció que tratándose de pensionados por el RAIS no es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, en este caso no era procedente declarar la ineficacia y retrotraer todo al estado que se encontraba antes del traslado, por lo que el demandante puede acudir nuevamente a la justicia para obtener el resarcimiento de los perjuicios, puesto que en la demanda no se hizo alusión a este pedimento.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS**, interpuso recurso de apelación con el fin de que se accedan a las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso, adujo que si bien existe lineamiento de la Corte Suprema Justicia, que sirvió de fundamento para negar la pretensión del demandante, dicha sentencia de la Corte se profirió el 10 de febrero de 2021 y esta demanda se presentó en el año 2019, por lo que luego de 17 meses no podían saber sobre ese nuevo lineamiento y tampoco en esa sentencia se indicó que pasaba con las demandas que estaban en curso.

Indicó que en este caso las administradoras no pudieron probar que entregaron información suficiente y completa al momento de la afiliación, situación que se vio vulnerada al cumplir la edad para acceder a la pensión, donde el demandante no tenía camino diferente al de adquirir el estatus de pensionado, y además se le condenó con agencias en derecho, razón por la cual insiste en los argumentos y pretensiones expuestas en la demanda *(Min. 39:19, archivo "01VideoAudiencia", carpeta "30VideoActaAudiencia20220914"*).

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 poder a la Doctora Paola Alejandra Moreno Vásquez, identificada con CC 1.030.536.323 y T.P 217.803 del C.S.J. a quien se le reconoce personería para actuar en el trámite de segunda instancia, y en su escrito de alegatos solicitó la revocatoria de la sentencia haciendo referencia a que la decisión de primera instancia fue condenatoria, por lo que los argumentos allí expuestos no se compadecen de la situación real acaecida en este juicio.

La apoderada principal de **COLFONDOS S.A.** solicitó la confirmación de la sentencia al sostener que el demandante tiene la calidad de pensionado.

Y el apoderado del demandante en sus alegatos solicitó revocar el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, al señalar que el actor cumple a cabalidad con los requisitos establecidos para obtener la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual.

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 sí es procedente declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, respecto de una persona que tiene la condición de pensionado en el RAIS.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** **JAIRO DE JESUS GUZMAN LAGOS** nació el 8 de agosto de 1955 *(pág. 15, archivo "archivo "01ExpedienteDigitalFolios1a37"); **ii)*** se afilió al ISS el 14 de noviembre de 1973 donde efectuó cotizaciones hasta julio de 1998 (pág. 15, *archivo "01ExpedienteDigitalFolios1a37); **iii)*** suscribió formulario de traslado de régimen pensional con **COLFONDOS S.A.** el 1° de septiembre de 1998, efectivo a partir del 1° de noviembre de 1998 *(pág. 34 a 36, archivo "02Contestacion", carpeta "08MemorialesContestacion…"), **iv)*** y se encuentra pensionado por **COLFONDOS S.A.** mediante oficio del 12 de diciembre de 2018 en cuantía de $1.180.000 a partir del 1° de diciembre de 2018, *(pág. 37 a 40, archivo "02Contestacion", carpeta "08MemorialesContestacion…").*

- **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 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:

"(…)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*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*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene*

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
		y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(…)"

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

También, dijo la Corte, que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados 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 decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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 reversar 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 **COLFONDOS S.A.** acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con el actor, cumplió 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, la parte demandada allegó copia del formulario de traslado que suscribió el demandante el 1° de septiembre de 1998 *(pág. 36, archivo "02Contestacion", carpeta "08MemorialesContestacion…"),* el cual si bien relaciona una manifestación de consentimiento libre e informado, la misma es genérica, por lo que no se pueden tener como prueba contundente 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 demandada, por el contrario, se ratificó en decir que le mencionaron los beneficios del traslado, pero nunca le informaron sus desventajas y tampoco las modalidades pensionales *(11:42, archivo "01VideoAudiencia", carpeta "30VideoActaAudiencia20220914").*

No obstante, a pesar de que la AFP demandada no acreditó 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 **COLFONDOS S.A.** según oficio del 12 de diciembre de 2018 donde le reconocen la prestación en cuantía de $1.180.000 a partir del 1° de diciembre de 2018 *(pág. 37 a 40, archivo*

"02Contestacion", carpeta "08MemorialesContestacion…"), por lo cual el demandante al haber solicitado el reconocimiento de su pensión de vejez, la AFP **COLFONDOS 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 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.

Sobre los argumentos del apoderado del demandante referidos a que la sentencia de la H CSJ en la que se fundamentó la decisión de primera instancia (SL373 de 2021) se profirió con posterioridad a la radicación de la demanda, conviene precisar que la limitación de traslado de régimen de personas pensionadas esta incluida desde la misma Ley 100 de 1993, en su artículo 107, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-841 de 2003 y, en todo caso, el precedente vinculante de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se debe aplicar es el vigente al momento de que se profiera la respectiva sentencia.

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.

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

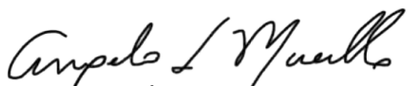
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones anteriormente expuestas.

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.