



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.30-2021-00140-01

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre 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 **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 08 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuado por el demandante **SANTIAGO RODRIGUEZ CASTILLA** a la **AFP PORVENIR**, ordenó a **PORVENIR** devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, rendimientos y gastos de administración, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, ordenó a **COLPENSIONES** a actualizar la información en la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (*min. 1:34:30, archivo “12Audiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

SANTIAGO RODRIGUEZ CASTILLA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, se ordene a la AFP trasladar al RPM todos los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, a COLPENSIONES a recibirlo y mantenerlo como su afiliado, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 04 de septiembre de 1958, se afilió al RPM el 31 de agosto de 1983, se encuentra trabajando para la Registraduría Nacional del Estado Civil desde el 15 de agosto de 1984, fecha desde la cual hasta el 30 de junio de 2009 los aportes pensionales fueron realizados a CAJANAL; que se trasladó al RAIS el 1° de julio de 2009, inducido por error, pues no se le informaron los beneficios, que cumplía en esa fecha las semanas para acceder a la pensión de vejez, restándole únicamente la edad, no se le indicó el capital necesario para consolidar la prestación por vejez ni los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima y en general las ventajas y desventajas de dicho traslado y una información completa sobre su alcance; que su pensión en el RAIS sería de \$908.526 mientras que en el RPM ascendería a la suma de \$1.677.084; que por tal motivo mediante comunicaciones del 9 y 15 de septiembre de 2020 les solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia del traslado (*pág. 1 a 17, archivo “01DemandaAnexos”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle. Propuso las excepciones de

perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica (pág. 2 a 15, archivo “05ContestacionColpensiones”).

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 genérica (pág. 2 a 32, archivo “07ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 1:34:30, archivo “12Audiencia”)

El 08 de junio de 2022, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor SANTIAGO RODRIGUEZ CASTILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.222.749 de Bogotá D.C., del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad hoy administrado por PORVENIR S.A. a partir del 1° de noviembre de 1995, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO:** Declárese válidamente vinculada al demandante señor SANTIAGO RODRIGUEZ CASTILLA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO:** Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES pero también los aportes que en su momento efectuara la empleadora Registraduría Nacional del Estado Civil a CAJANAL, con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de noviembre de 1995 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora pero también debidamente indexados. **CUARTO:** Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho

*pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. **QUINTO:** Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **SEXTO:** Condénese en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) a favor de la parte demandante. **SÉPTIMO:** Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. **OCTAVO:** Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”.*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPM al RAIS estaba afectado de nulidad o ineficacia y si había lugar al traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES**.

Para resolver el Juez indicó que, conforme con el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que se le dio al afiliado al momento del traslado, le correspondía al fondo de pensiones, tantos sus ventajas como sus desventajas, siendo insuficiente para el efecto el formulario de vinculación. Luego de referirse a los documentos aportados, señaló que no estaban acreditados actos de relacionamiento y PORVENIR no demostró en el juicio que haya dado esa información y asesoría necesaria, por lo que el actor al momento del traslado no tenía conocimiento de las consecuencias de dicha decisión.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que el traslado realizado por el demandante es eficaz y válido, no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen pensional y en el interrogatorio de parte aceptó que le dieron una asesoría de 15 a 20 minutos, donde no le surgieron dudas y no presentó inconformidad durante todo el tiempo que estuvo vinculado,

por lo que considera que esa AFP si cumplió con el deber de información; además, que el actor autorizó los descuentos de aportes al régimen privado con lo cual demostró su derecho de permanecer en el RAIS y para la fecha en que se produjo el traslado del demandante no existía la obligación de entregar cálculos y proyecciones acerca del futuro pensional, pues ésta surgió solo a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014.

Manifestó que en caso de que se confirme la ineficacia, se debe revocar lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, pues estos se causan en ambos regímenes, realizó una buena administración de los recursos y de buena fe y generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**; que, por ende, al no financiar dichos gastos la pensión de vejez, están sujetos a prescripción (*min. 01:37:44, archivo “12Audiencia”*).

A su vez, el apoderado de **COLPENSIONES** también presentó recurso de apelación, con el fin de que se modifique la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se ordene a **PORVENIR** a tratar al afiliado conforme a las reglas del RPM.

Para sustentar el recurso señaló que esa modificación es procedente por el daño que pueda sufrir **COLPENSIONES** con el traslado, al verse obligada a aceptar la afiliación, a actualizar la historia laboral y a reconocer la prestación pensional cuando se cumplan los requisitos de ley, a pesar de no ser la causante del traslado al RAIS y tampoco incentivó al actor a cambiarse de régimen pensional, por lo que al no existir prueba de que haya hecho incurrir en error al afiliado, no se le puede condenar a recibir los aportes por existir otra forma de restablecer el derecho del demandante sin afectar a dicha entidad, siendo la AFP quien deba asumir esa omisión conforme a las reglas del RPM; que con esta medida se protegen los dineros que se encuentran en el fondo común pues los recursos que se reintegren no suplen el daño y el hueco causado a dicho fondo común, afectado el ciclo piramidal de financiación de las pensiones.

Señaló que a pesar de que esta Corporación en algunas ocasiones a facultado a COLPENSIONES a obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir, esa medida es insuficiente porque implicaría gastos para la entidad en el pago de honorarios de los abogados, por lo que sugiere que en estos casos lo que se debe ordenar es a la AFP a tratar al demandante como afiliado al RPM, inclusive para el cálculo de su pensión, cuando éste cumpla los requisitos.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó modificar o revocar la sentencia de acuerdo con los planteamientos, reiterando los argumentos de la alzada y adicionando lo relacionado con la prohibición legal de traslado por tener el demandante menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, último aspecto que no fue mencionado en la alzada.

El apoderado principal de **PORVENIR**, en sus alegaciones, solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Y el apoderado principal de la parte demandante solicitó se confirme 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 **PORVENIR S.A.**, la orden a impartir en caso de declararse su ineficacia, 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) SANTIAGO RODRIGUEZ CASTILLA** nació el 04 de septiembre de 1958 (*pág. 22, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** se afilió al ISS a partir del 31 de agosto de 1983 (*pág. 25, archivo “01DemandaAnexos” y expediente administrativo, carpeta “06ExpedienteAdministrativo”*); **iii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 25 de octubre de 1995, con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año, (*pág. 33 y 36, archivo “07ContestacionPorvenir”*); donde sigue vinculada (*pág. 74 y 79, archivo “007ContestacionDemandaPorvenir”*).

- **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:

“(…)

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

y doble asesoría.		
----------------------	--	--

(...)”

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisoriales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional,

conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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 COLPATRIA hoy **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.

Se aclara que en el expediente quedó acreditado que la primera vinculación del actor con el Sistema General de Pensiones se efectuó con la afiliación en el ISS el 31 de agosto de 1983, por lo cual hay plena certeza de que al momento de la suscripción del formulario con la AFP COLPATRIA pertenecía al RPM, aportes pensionales que posteriormente se realizaron a CAJANAL, según información de su empleador (*pág.32 a 40, archivo “01DemandaAnexos”*).

De otra parte, el **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que la asesora de la AFP COLPATRIA se limitó a indicarle que Cajanal se iba a acabar y que lo mejor era pasarse a ese 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 presentado por **PORVENIR**, 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.

Se advierte 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.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, 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, SL3188 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 los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener suma alguna. 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 la condena.

Tampoco son de recibo para la Sala los planteamientos presentados por el apoderado de **COLPENSIONES**, por cuanto la normatividad es clara frente a la medida que se debe adoptar cuando el traslado de régimen pensional no fue precedido del deber de información por parte del fondo de pensiones, en este caso, con su ineficacia. Por eso, en aras de salvaguardar la sostenibilidad del sistema pensional, 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, que es la única vía con la que cuenta el administrador del RPM para reparar los daños que se le causen.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la orden de actualizar la historia laboral del DEMANDANTE en el RPM, en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

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 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 recibieron por motivo de la afiliación del **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 el **DEMANDANTE** estuvo afiliado 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.

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

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.

(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 33-2020-00084-01

Bogotá D.C, dieciséis (16) de diciembre 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 **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada a pagar la indemnización sustitutiva de la pensión vejez, junto con intereses moratorios y costas procesales (*min. 42:26 archivo “13. AUDIENCIA DE FALLO” carpeta 2020 00084 EXP.DIGITAL*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ELBERTO ORTIZ PEÑA, presentó demanda ordinaria laboral contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**, con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión vejez,

intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas y agencias en derecho.

Como fundamento factico indicó que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No.6537 del 23 de diciembre de 2010 le reconoció pensión de jubilación a partir del 08 de junio de 2010; cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de septiembre de 1977 hasta el 31 de diciembre de 2011 con empleadores privados acumulando un total de 1.001 semanas; que mediante escrito del 13 de junio de 2017 le solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez, la cual fue negada a través de Resolución SUB 150458 del 08 de agosto de 2017, decisión contra la cual interpuso los respectivos recursos, los cuales fueron resueltos de forma negativa mediante resoluciones SUB 190329 del 11 de septiembre de 2017 y DIR 15882 del 19 de septiembre de 2017, donde se confirmó la resolución inicial (*pág. 5 a 13, archivo “01. Demanda”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de los hechos aceptó el reconocimiento pensional efectuado por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., la reclamación administrativa y las resoluciones mediante las cuales negó la indemnización sustitutiva, de los demás manifestó no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 18, archivo “06. CONTESTACIÓN COLPENSIONES”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 42:26, archivo “13. AUDIENCIA DE FALLO”)

El del 26 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a pagar en favor del señor ELBERTO ORTIZ PEÑA la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por los periodos cotizados a Colpensiones por las Universidades Libre y Antonio Nariño, el Colegio Parroquial San Andrés y el Banco Nacional en liquidación, durante el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 1977 y el 31 de diciembre de 2011, a partir del 13 de junio de 2017. **SEGUNDO:** Determinar para efectos de la liquidación, que el SBC SEMANAL actualizado a 2021 asciende a la suma de \$273,698 y que el número de semanas cotizadas asciende a 1002. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de ley 100 de 1993, sobre el valor total de la indemnización, a partir del 13 de octubre de 2017 y hasta la fecha de pago de la indemnización, los cuales deberán ser liquidados con base en la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe su pago. **CUARTO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de la pretensión de indexación, por las razones expuestas. **SEXTO:** COSTAS de esta instancia quedan a cargo de COLPENSIONES, agencias en derecho 1.5. SMLMV.”

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si al demandante le asistía derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva y si la prestación era compatible con la pensión vitalicia de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para resolver indicó que la pensión de jubilación percibida por el demandante es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, atendiendo a que los recursos que financian la indemnización sustitutiva no hacen parte del erario y, por lo tanto, concluyó que el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de dicha prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada. Para sustentar el recurso indicó que el demandante goza de una pensión de jubilación a partir del 23 de diciembre de 2010 otorgada por el FOMAG y que, por lo tanto, los aportes que ha realizado a **COLPENSIONES** deben ser usados para preservar el sistema pensional, sin que el demandante pueda percibir dos cantidades de dinero por el mismo concepto, toda vez que los recursos con los cuales se asumen las cargas pensionales provienen de los recursos parafiscales obtenidos del fondo común de naturaleza pública que se conforma con las cotizaciones de las personas, y de no ser así se estaría desfinanciando el RPM.

Frente a los intereses moratorios manifestó que al no adeudarse suma alguna por concepto de mesadas pensionales, dichos intereses no son procedentes, así como tampoco la condena por costas por cuanto conforme al artículo 48 Constitucional los recursos públicos no pueden ser destinados para el pago de estos conceptos.

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 Dra. Amanda Lucia Zamudio Vela, identificada con C.C. 51.713.048 y titular de la T.P. 67.612 del C.S.J., a quien se reconoce personería para actúa en esta instancia, y en su escrito de alegatos, solicitó se declare la prosperidad de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, reiterando los argumentos de la alzada.

La parte actora no presentó escrito de alegatos de conclusión.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es o no compatible la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y si, como consecuencia de ello, se debe condenar a COLPENSIONES a pagar la dicha indemnización junto con los intereses moratorios y costas procesales, 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) ELBERTO ORTIZ PEÑA** nació el 08 de junio de 1955 (*pág. 14 archivo "01. DEMANDA"*); **ii)** la Secretaría de Educación de Bogotá a través de la Resolución No.6537 del 23 de diciembre de 2010 le

reconoció al demandante pensión de jubilación por haberse desempeñado como docente público desde el 20 de febrero de 1989 al 08 de junio de 2010, en cuantía de \$ 1.815.932 a partir del 09 de junio de 2010 (*pág. 47 a 50, archivo “01. DEMANDA”*); **iii)** el demandante solicitó a **COLPENSIONES** la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 13 de junio de 2017, la cual fue negada por **COLPENSIONES** mediante Resolución SUB 150458 del 08 de agosto de 2017 (*pág. 16 a 21, archivo “01. DEMANDA”*); **iv)** el actor presentó recurso de reposición y apelación contra el citado acto administrativo 30 de agosto de 2017 (*pág. 23 a 28 archivo “01. DEMANDA”*), **v)** **COLPENSIONES** a través de las resoluciones SUB 190329 del 11 de septiembre de 2017 y DIR 15882 del 19 de septiembre de 2017 confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución SUB 150458 del 08 de agosto de 2017 (*pág. 23 a 35 archivo “01. DEMANDA”*); **vi)** el afiliado cotizó en toda su vida laboral a Colpensiones 1.001,57 semanas entre el 16 de septiembre de 1977 hasta el 31 de diciembre de 2011 con empleadores privados (*pág. 36 a 44 archivo “01. DEMANDA” y expediente administrativo*).

- **Sobre la compatibilidad entre las prestaciones reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las prestaciones reconocidas por el Sistema General de Pensiones.**

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 – FOMAG 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.

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.16 del Decreto 1833 de 2016, consagró la posibilidad

a los afiliados del FOMAG que adicionalmente reciban remuneraciones en el sector privado a que la totalidad de sus aportes y descuentos para pensiones sean administrados por el FOMAG o en las administradoras del Sistema General de Pensiones mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación, último caso en el cual le son aplicables la totalidad de condiciones vigente en el régimen seleccionado.

La H. Sala de Casación Laboral del a CSJ, ha sostenido de forma reiterada y pacífica que las prestaciones reconocidas por el FOMAG son compatibles con las prestaciones reconocidas por el Sistema General de Pensiones, siempre y cuando el financiamiento de aquellas sea independiente entre sí.

En efecto, en la sentencia SL Rad. 40.848 del 06 de diciembre de 2011, concluyó que la interpretación natural y obvia del artículo 31 del Decreto 692 de 1994 es la de que los docentes oficiales vinculados al FOMAG cuando paralelamente laboren para una persona de derecho privado pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la mismas y causar el subsecuente acceso a las prestaciones propias del Sistema General de Pensiones, más aún cuando la calidad de trabajador dependiente o independiente en el sector privado conlleva el deber de afiliación al Sistema General de Pensiones como afiliado obligatorio, sin que exista norma alguna que exceptúe el cumplimiento de tal obligación para aquellas personas afiliadas al FOMAG. Lo que conlleva a concluir que las prestaciones de ambos regímenes son compatibles entre sí, siempre y cuando tengan distinta fuente de financiamiento.

A su turno, en la sentencia SL451 de 2013, la Alta Corporación señaló que no existe motivo alguno para omitir el reconocimiento de las prestaciones del Sistema General de Pensiones, alegando la calidad de afiliado al FOMAG del reclamante, cuando se acredite que aquellas prestaciones son causadas por tiempos de servicios prestados en el sector privado distintos a los tiempos de servicios considerados para el

reconocimiento de las prestaciones del régimen exceptuado a cargo del FOMAG. En la misma providencia la H. CSJ reiteró que hace mucho tiempo se superó el debate sobre el carácter de los dineros con los cuales el Sistema General de Pensiones, en especial el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, paga las prestaciones que concede, indicando que no son asignaciones provenientes del tesoro público, ya que se tratan de reservas parafiscales, toda vez que no tienen su origen en fondos de naturaleza pública sino en los dineros que cotizan empleadores y trabajadores.

La compatibilidad entre las prestaciones del FOMAG y del Sistema General de Prestaciones Públicas ha sido reafirmada por la H. CSJ en las sentencias SL4117 de 2020, SL1127-2022, SL1968-2022, entre otras, siendo una regla jurisprudencial que resalta precisamente por su carácter pacífico, reiterado y sostenido.

- Sobre la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en reconocimiento de indemnizaciones sustitutivas de la pensión vejez o devolución de saldos:

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, siendo necesario 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 estos intereses 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)

Por lo anterior, conforme a la intelección del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es claro que procede ante la mora en el pago de las mesadas pensionales, razón por la cual ante el retraso en el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez o devolución de saldos no es procedente dicha imposición.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en estudio se tiene que a **ELBERTO ORTIZ PEÑA** le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a través de la Resolución No. 6537 del 23 de diciembre de 2010 (*pág. 47 a 50, archivo “01. DEMANDA”*) y para su reconocimiento, liquidación y pago solo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados como docente del sector público desde el 20 de febrero de 1989 al 08 de junio de 2010, sin que los aportes efectuados por el demandante al Sistema de Pensiones (ISS), que corresponden a servicios prestados a entidades de carácter privado entre el 16 de septiembre de 1977 hasta el 31 de diciembre de 2011, hayan participado o incidido en el reconocimiento de la asignación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, es notorio que los tiempos cotizados que registran en la historia laboral del actor son diferentes a los tiempos de servicios considerados para reconocer la pensión de jubilación, sin que sea de recibo la tesis de la apoderada de **COLPENSIONES** de considerar que las prestaciones causadas por dichos tiempos cotizados en el RPM son asignaciones del tesoro nacional, por cuanto desde hace mucho tiempo ha sido pacífica la jurisprudencia de la H. CSJ en indicar que los recursos con los cuales se pagan dichas prestaciones en el Sistema General de Pensiones son de naturaleza parafiscal, razón por la cual no se desconoce la prohibición de doble asignación a cargo del tesoro nacional.

Acceder a lo pretendido por **COLPENSIONES** equivale a desconocer los aportes que fueron cancelados al RPM en cumplimiento

del deber legal de afiliación del trabajador dependiente consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y normas anteriores que regularon el funcionamiento del régimen pensional administrado por el extinto ISS, respecto de un afiliado que cumple con los requisitos legales exigidos para acceder al pago de la indemnización sustituida reclamada.

De suerte que, conforme al precedente jurisprudencial, la pensión que percibe el demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión vejez a cargo de **COLPENSIONES**, atendiendo que la fuente de financiación para otorgar la prestación económica es producto de los aportes que hizo el actor a través de sus empleadores privados al ISS hoy Colpensiones.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los afiliados que una vez cumplida la edad de pensión no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas en la Ley para causar el derecho a la pensión de vejez, y declaren su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Dice la norma, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado. Forma de liquidación contenida en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001.

En este asunto, **ELBERTO ORTIZ PEÑA** causó el derecho al pago de la indemnización sustitutiva, en tanto cumplió la edad de 62 años el 08 de junio de 2017 (*pág. 14 archivo “01. DEMANDA”*) y cotizó un total de 1.001,57 semanas al sistema general de pensiones, densidad de cotizaciones que no son suficientes para causar el derecho a la pensión de vejez, pues no era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no cumplir las condiciones allí previstas y tampoco cuenta con la densidad de semanas que exige la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de

2003. Como la sentencia de primera instancia condenó al pago de la prestación, dicha decisión será confirmada, siendo necesario precisar la orden en cuanto se incluyó como fecha de corte el cumplimiento de los 62 años edad.

Adicionalmente, atendiendo que el juzgador de instancia no concretó el valor de la indemnización, tampoco hubo oposición de la parte actora sobre este aspecto y no se sabe con certeza la fecha en que la demandada va a pagar la prestación económica, por lo que no es posible determinar el salario base de cotización como lo hizo el *a quo*, por cuanto éste deberá ser calculado por COLPENSIONES al momento en que cumpla la orden judicial, razón por la cual se revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

Frente a los intereses moratorios se advierte que únicamente son procedentes en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales. En este caso, al tratarse de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, dichos intereses se tornan improcedentes, motivo suficiente para revocar la sentencia en este aspecto.

Seria del caso ordenar la indexación de la suma adeudada, no obstante, se debe tener en cuenta que la demandada al liquidar el monto de la indemnización sustitutiva deberá actualizar, conforme con el IPC, los salarios a la fecha de pago, en virtud de lo previsto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001.

Finalmente, frente a la inconformidad de la apoderada de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto, independiente de la naturaleza jurídica de este fondo de pensiones.

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: “*CONDENAR a Colpensiones a pagar en favor del señor ELBERTO ORTIZ PEÑA la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por los periodos cotizados a Colpensiones por las Universidades Libre y Antonio Nariño, el Colegio Parroquial San Andrés y el Banco Nacional en liquidación, durante el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 1977 y el 31 de diciembre de 2011*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** del pago de intereses moratorios e indexación, conforme la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás 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 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.
(En uso de permiso)


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2021-00380-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 09 de noviembre de 2022 del Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, reactivar su vinculación al RPM y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA** (01:03:23 archivo “11AudienciaPrimeraInstancia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 1 y 18 archivo “02Demanda”).**

LUÍS JOAQUÍN CAMPO TORNAY solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, la devolución del saldo de su CAIP sin descuento, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 14 de enero de 1960, que se afilió a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL DE SANTA MARTA y desde diciembre de 1993 al extinto ISS, que en mayo de 2008 se trasladó al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, sin que la AFP suministrara 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 10 de mayo de 2021 solicitó a la AFP declarar ineficaz su traslado al RAIS, la cual no accedió, ese mismo día solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, pero se rechazó la solicitud, de otra parte, aseguró que el monto de su pensión en el RAIS es inferior a la del RPM.

- **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 afiliado suscribió de forma libre el formulario de afiliación a la AFP, luego de recibir asesoría conforme los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994 acerca del funcionamiento del RAIS y su situación pensional, por lo cual la decisión fue informada y se dejó constancia por escrito a través de documento autentico, de otra parte, garantizó el derecho de retracto y de traslado al RPM, los cuales nunca ejerció el afiliado, quien tampoco expresó inconformidad contra su vinculación al RAIS y tampoco acreditó causal de nulidad o ineficacia de su traslado, en todo caso, no procede la devolución de gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 21 archivo “04ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su vinculación al ISS y que en 2021 negó su retorno al RPM. Indicó que no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, que las expectativas pensionales no tienen amparo, no acreditó causal de nulidad de su vinculación a la AFP, no aplica el precedente de la H. CSJ porque la situación fáctica del afiliado es diferente ya que el traslado no generó perjuicio y no probó los hechos narrados en su demanda. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, inexistencia del derecho para regresar al RPM, descapitalización del sistema pensional,

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. 4 a 40 archivo “05ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:03:23 archivo “11AudienciaPrimeraInstancia”).

El 09 de noviembre de 2022, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada (Sic) LUIS JOAQUÍN CAMPO TORNAY identificado con la cédula de ciudadanía No.12.548.274 expedida en Santa Marta, afiliado el 23 de mayo del año 2008 a PORVENIR S.A. SEGUNDO: DECLARAR que LUIS JOAQUÍN CAMPO TORNAY actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de LUIS JOAQUINO (Sic) CAMPO TORNAY a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del LUIS JOAQUÍN CAMPO TORNAY al Régimen de Prima Media e integrar en su totalidad la historia laboral del DEMANDANTE. QUINTO: ORDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para seguros previsionales, pensión de garantía mínima debidamente indexados y a cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior. SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las DEMANDADAS, conforme expuesto en la parte motiva de esta providencia. OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR Sin costas para COLPENSIONES. Agencias en Derecho CUATRO (04) SMLMV en favor de la parte DEMANDANTE. (...)”.

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

Para resolver indicó que a la fecha del traslado al RAIS estaba vigente el Decreto 663 de 1993 y 720 de 1994, por lo cual la AFP debía indicar las características del sistema, condiciones de acceso a las

prestaciones y beneficios que podía perder el afiliado, sin poder dejar en manos del **DEMANDANTE** la carga de asesorarse o usar al formulario de afiliación como la prueba concluyente de consentimiento informado porque éste solo prueba la voluntad pero no que fuera bien asesorada, sin que haya pruebas del cumplimiento diligente del deber de información ni pueda usarse actos de relacionamiento como prueba de ello, motivo por el cual accedió a las pretensiones.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Aseguró que se declara ineficaz el traslado sin considerar la prohibición de retorno por edad ni que a la fecha del traslado al RAIS la normatividad solo exigía el formulario sin requerir documentar la asesoría y el afiliado podía usar los canales de información u oficinas físicas, pero nunca lo hizo ni ejerció el retracto ni solicitó volver al RPM en tiempo, por lo cual no hay afectación a la libertad de escogencia porque el afiliado escogió la AFP y nunca se quejó de ello, por otra parte, el consumidor financiero tiene el deber de verificar lo que firmó y usar los canales de información, lo cual incumplió. De todos modos, la AFP solo debe retornar aportes y rendimientos según el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda exigirse devolver obligaciones de tracto sucesivo que no financian la pensión y que por tanto prescriben, so pena de causar un enriquecimiento sin causa a **COLPENSIONES**, quien no administra los aportes desde 2008 ni cubrió los riesgos de invalidez y muerte, además los gastos se cobran en ambos regímenes, tampoco procede la indexación, ya que los rendimientos superan la devaluación, por lo cual ordenar ello es doble condena (01:05:36 archivo “11AudienciaPrimeraInstancia”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar los numerales 1, 2 y 4 del fallo. Alegó que para la fecha del traslado la voluntad libre e informada se manifestaba a través del formulario de afiliación y solo hasta 2016 las AFP documentan por escrito la voluntad informada, por lo cual son imposibles de cumplir las cargas impuestas para probar la voluntad sin considerar el formulario de afiliación, de otra

parte, se malinterpretó el artículo 1604 CC al punto de crear una responsabilidad objetiva a favor del afiliado, quien es eximido de cualquier esfuerzo probatorio, como en el caso bajo estudio donde no hay prueba de la presunta falta de información, pero si del formulario debidamente firmado como se exigía a la fecha del traslado e imponer deberes no vigentes vulnera la confianza legítima, legalidad y debido proceso, porque el acto debe ser juzgado con las normas preexistentes al mismo, también se desconoce la relatividad jurídica al imponer a **COLPENSIONES** cargas a futuros derivadas de la ineficacia de un acto en el cual no participó y como tercero no puede ser favorecido ni afectado, es todo caso, no es válido alegar el desconocimiento de la ley a su favor y las condiciones pensionales están en la ley y el afiliado no puede alegar falencias de una permanencia en el RAIS que ha durado más de 14 años y se debe evitar su retorno al RPM para proteger el interés general de proteger el fondo común, equidad y eficacia pensional por encima del intereses particular, conforme las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 (01:13:41 archivo “11AudienciaPrimeraInstancia”)

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a derecho y al precedente aplicable. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Henry Dario Machado, identificado con CC 77.091.125 y TP 248.528 del CSJ, quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitar revocar el fallo reiterando los argumentos del recurso de apelación y, de forma subsidiaria, mantener las condenas a la AFP y condicionar el cumplimiento de las condenas contra su defendida al cumplimiento de la AFP. A su vez, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Alejandro Miguel Castellanos López, solicitó revocar el fallo porque no se acreditó causal de nulidad o ineficacia, la voluntad libre e informada de traslado se acredita con el formulario de afiliación, que es un documento público que se presume autentico, cualquier irregularidad la saneó el tiempo y la ratificación del afiliado,

si hubo asesoría, reafirmó tácitamente su decisión de permanecer en el RAIS, no se pueden imponer cargas a la AFP no vigentes a la fecha del traslado, de forma subsidiaria, alegó que no hay norma ni motivo jurídico que sustente 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 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 Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **LUÍS JOAQUÍN CAMPO TORNAY** nació el 14 de enero de 1960 (Pág. 19 archivo “02Demanda”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 09 de diciembre de 1993 al 30 de junio de 2008, donde cotizó 540 semanas (archivo “06HistoriaLaboral” carpeta “06ExpedienteAdministrativo”; *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del

RPM al RAIS a través de **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 23 de mayo de 2008, efectivo a partir del 1° de julio de 2008, AFP donde sigue vinculado y acumula 1.282 semanas a marzo de 2022 (Pág. 68 a 70, 115 archivo “04ContestacionPorvenir”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, reactivar su vinculación al RPM y condenó en costas a la **AFP DEMANDADA**. Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interponen 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 bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones

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

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

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS, la **AFP DEMANDADA** brindará asesoría completa y comprensible al **DEMANDANTE** sobre 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 de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que el traslado fue libre, voluntario e informado, porque la regla jurisprudencial de la H. CSJ indica que no bastan las manifestaciones genéricas plasmadas en el formulario de afiliación para acreditar la libertad informada y si bien el **DEMANDANTE** mencionó en su interrogatorio que se le explicaron las ventajas y desventajas del RAIS, aclaró que no le explicaron conceptos como la CAIP, rendimientos, cómo se causa la pensión y factores que afectan el monto de la misma, por tanto, no se configuró confesión porque no hubo reconocimiento expreso del afiliado de que fue debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS o que le explicaron el alcance y consecuencias de dicha 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 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 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 el **DEMANDANTE**, de forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660

de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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, SL3188 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 los argumentos presentados por los recurrentes. En tal sentido y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se confirmará el alcance de la condena.

También se confirmará la orden a **COLPENSIONES** de activar la afiliación del **DEMANDANTE** en el RPM, por cuanto **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que 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, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras, entre otras.

De otra parte, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1500 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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en la 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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 37-2021-00345-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 16 de agosto de 2022 del Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las **DEMANDADAS** de todas las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (35:22 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 30 archivo “01EscritoDemanda”).**

HEBER RAFAEL MELGAREJO MOLINARES solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS, trasladar el saldo de su CAIP, 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 desde el 09 de enero de 1991, que en mayo de 2005 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, el 1° de enero de 2006 se trasladó a **SKANDIA S.A.** y el 1° de octubre de 2008 a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró

que en 2021 solicitó a **COLPENSIONES** 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 la vinculación del afiliado al ISS y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y entre AFP, en todo caso, la vinculación a las AFP fue voluntaria y el ánimo de pertenecer a dicho régimen se ratificó con más de 15 años de cotizaciones al mismo sin ningún reclamo ni solicitud de retorno al RPM en el tiempo dispuesto legamente para ello, sin que pueda exigirse a las AFP el deber de asesoría porque no estaba vigente para la fecha de las vinculaciones ya que surgió con la Ley 1328 de 2009 y el afiliado era responsable de informarse sobre el negocio efectuado como consumidor financiero ni puede alegar la ignorancia de la ley, en todo caso, no es viable su retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Interpuso las excepciones de prescripción, aplicar el precedente de la sentencia SL373 de 2021, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (Pág. 4 a 24 archivo “04Contestación”).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que no hay mérito para invalidar la vinculación que el afiliado suscribió de forma voluntaria y reafirmó su permanencia en el RAIS a través de traslados de AFP y nunca solicitar su retorno al RPM cuando tuvo posibilidad de hacerlo, de otra parte, de forma previa fue informada sobre las características de cada régimen pensional, las cuales también se puede consultar libremente en la Ley 100 de 1993, en todo caso, hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 se impuso el deber de asesoría de la AFP, responsabilidad que no se puede exigir de forma retroactiva.

Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 3 a 35 archivo “06Contestacion”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Señaló que el afiliado escogió vincularse a la AFP de forma libre, tras recibir información precisa y suficiente sobre las condiciones del RAIS y las implicaciones de su decisión, tal y como se indica en el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico, sin que el afiliado usara el derecho de retracto ni solicitara retornar al RPM sino en su lugar se trasladó varias veces de AFP, sin que pueda volver al RPM por la restricción de traslado por edad ni pueda exigirse devolver gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencias de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 24 archivo “07Contestacion”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Afirmó que puso de presente al afiliado las características de ambos regímenes pensionales y brindó asesoría completa, veraz, oportuna y completa sobre las variables que inciden en el derecho pensional, tras lo cual tomó la decisión de vincularse a la AFP por su propio juicio de conveniencia conociendo las calidades del RAIS y las consecuencias de su decisión, tras lo cual nunca manifestó deseo de volver al RPM y ratificó su permanencia en el régimen de ahorro con múltiples traslado de AFP, vinculaciones que cumplieron todos los requisitos legales vigentes para la fecha del traslado sin adolecer de ninguna causal de nulidad o inexistencia y solo hasta la expedición de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2555 de 2010 se impuso el deber de informar los inconvenientes de los regímenes y la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015 ordenaron poner a disposición las herramientas financieras, deberes que no son exigibles de forma retroactiva. Interpuso las excepciones 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 por inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y prima de seguro previsional cual se declara nulo o ineficaz la afiliación, traslado de aportes y la genérica (Pág. 3 a 21 archivo “08Contestacion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (35:22 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

El 16 de agosto de 2022, el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, 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 de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante señor HEBER RAFAEL MELGAREJO MOLINARES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: Se condenará en COSTAS a cargo de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de \$50.000 a favor de cada una de las entidades demandadas. (...)”.

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

Para resolver indicó que el principio de igualdad impone aplicar el criterio jurisprudencial de la H. CSJ a casos con similitud de circunstancias fácticas y jurídicas, por lo cual desde la Ley 100 de 1993 estaba vigente el deber de información de las AFP que se cumple al explicar las características de cada régimen y sus riesgos, sin que la firma del formulario sea prueba del suministro de información adecuada por la AFP, quien debe demostrar su cumplimiento diligente, sin que hay prueba de que al traslado al RAIS la AFP cumpliera dicha carga, no obstante, se acreditó que en abril de 2018 se envió correo al **DEMANDANTE**, el cual puso de presente la futura restricción de traslado por edad y lo invitó a una asesoría de 30 minutos para comprender las diferencias entre el RPM y el RAIS, analizar su caso

particular y tomar la decisión que más le conviene, con lo cual **PORVENIR S.A.** desplegó acción para corregir la falta de información al momento del traslado de régimen, pese lo cual el afiliado, quien es responsable como consumidor financiero de documentarse de las consecuencias de sus actos, tomó la decisión de no acudir a dicha asesoría, con lo cual expresó su decisión de seguir en el RAIS y al reprochar el acto para conocer su situación pensional fue negligente y debe asumir las consecuencias de no aceptar la asesoría ofrecida.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo. Indicó que cumple los presupuestos fácticos y jurídicos para declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, ya que **PROTECCIÓN S.A.** incumplió su deber de información al no asesorar al afiliado sobre las características del RPM y del RAIS y consecuencias y riesgos del traslado y no hubo confesión del afiliado de haber sido asesorado, sin que la falta de información se pueda subsanar con actos posteriores como traslados entre AFP, en los cuales tampoco se dio asesoría. No es procedente convalidar un acto ineficaz ni correcto alegar la falta de interés del afiliado, ya que el correo electrónico solo informó la futura restricción de traslado por edad, sin que por ello el afiliado conociera las diferencias entre los regímenes y las implicaciones de no acudir a asesoría, porque al recibir la carta no podía entender el riesgo de no seguir lo indicado porque anteriormente nunca se le puso de presente las desventajas de su permanencia en el RAIS, además los 30 minutos de asesoría propuestos son insuficientes para una buena asesoría con proyecciones y explicaciones del bono pensional, modalidades pensionales del RAIS, aportes voluntarios, capital que debe ahorrar, riesgos y los demás aspectos que nunca le habían sido informados y que de forma tardía se pretendieron explicar a los 51 años de edad del **DEMANDANTE** (35:22 archivo “03Audiencia” carpeta “Audios”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso,

reiterando los argumentos con los cuales sustentó su apelación y que el precedente jurisprudencial de la H. CSJ en sede constitucional en los cuales se ha señalado que no se puede alegar la culpa del afiliado para omitir evaluar las responsabilidades de las AFP. La apoderada de **SKANDIA S.A.** solicitó confirmar el fallo porque las consideraciones del *a quo* acreditan que el **DEMANDANTE** rechazó toda asesoría por la AFP para en su lugar permanecer en el RAIS. El apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar el fallo, ya que no se acreditó causal de nulidad ni de ineficacia porque no se acreditó conducta dolosa de la AFP, la cual cumplió su deber de información y el afiliado ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al aportar al mismo, además el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico y acredita la selección libre e informada de régimen y que se garantizó el derecho de retracto, tampoco hay mérito para devolver gastos de administración porque no se incluyen en las sumas que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 ordena retornar en caso de traslado, no pertenecen al afiliado, son prescriptibles y si hay restituciones mutuas, el afiliado debe devolver los rendimientos. La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó confirmar el fallo, ya que el afiliado no puede retornar por la restricción de traslado por edad y porque afectaría el principio de sostenibilidad financiera, el deber de asesoría de la AFP no es retroactivo e inició con el Decreto 2071 de 2015, no se afecta la posibilidad pensional al permanecer en el RAIS y nunca manifestó inconformidad con dicho régimen y ejerció actos de relacionamiento ni se acreditó ninguna irregularidad en las diferentes vinculaciones a AFP. Agotado el término, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** 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 la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con la AFP SANTANDER 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 Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **HEBER RAFAEL MELGAREJO MOLINARES** nació el 05 de mayo de 1967 (Pág. 139 archivo “01EscritoDemanda”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 09 de enero de 1991 al 31 de mayo de 2004 (Pág. 23 archivo “04Contestación”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario de afiliación del 08 de marzo de 2005, efectivo a partir del 1° de mayo de 2005 (Pág. 27 a 29 archivo “08Contestacion”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación del 26 de octubre de 2005, efectivo a partir del 1° de diciembre de 2005 (Pág. 36 y 45 archivo “06Contestacion”); **v)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 26 de agosto de 2008, efectivo a partir del 1° de octubre de 2008, AFP donde sigue vinculado y acumula 995 semanas cotizadas a octubre de 2021 (Pág. 71, 75 y 80 archivo “07Contestacion”).

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

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

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

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

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

“(…)

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

“(…)”

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

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

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil. Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslado de AFP, las **AFP DEMANDADAS** brindarán asesoría completa y comprensible al **DEMANDANTE** sobre 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 de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, **PORVENIR S.A.** mediante documento del 24 de abril de 2018, informó al **DEMANDANTE** que tenía hasta los 51 años para decidir en que régimen pensional quedarse y que luego no podría trasladarse, por lo cual le indicó la suma importancia de tomar una asesoría de 30 minutos para entender las diferencias entre la AFP y **COLPENSIONES**, analizar su situación pensional, conocer los 2 escenarios del futuro pensional y tomar la decisión que más le convenga (Pág. 105 a 106 archivo “07Contestacion”), reconociendo el **DEMANDANTE** en su interrogatorio que si recibió dicho correo a sus 50

o 51 años pero que no acudió a la asesoría (01:00:10 archivo “01Audiencia”).

A pesar de que la reprochable actitud del **DEMANDANTE** de no atender la invitación a asesoría de **PORVENIR S.A.**, explicó en su interrogatorio que tomó dicha decisión porque para 2018 no se le había informado la diferencia de mesada entre los regímenes pensionales y porque confió en la información que el asesor de dicha AFP le brindó para trasladarse a la misma en 2008, a saber, que **PORVENIR** “*pensionaba con menos tiempo de cotización*” (35:08 y 01:00:10 archivo “01Audiencia”).

Así las cosas, concluye esta Sala que si bien **PORVENIR S.A.** informó sobre la restricción de traslado por edad e invitó a su afiliado a una asesoría, la cual no aceptó el **DEMANDANTE**, no por ello se excusa de que al momento del traslado a dicha AFP omitiera explicar las características de los regímenes pensionales y consecuencias y riesgos de permanecer en el uno u otro, a la vez que en el documento enviado en 2018 no se hace ninguna explicación sumaria del monto aproximado de capital para causar una pensión de vejez en el RAIS, las diversas modalidades de pensión ofrecidas y sus efectos, la advertencia de que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP porque un porcentaje se destina a pagar gastos de administración y al fondo de solidaridad pensional, ni un comparativo estimado de las posible mesadas en ambos regímenes, a su vez no insistió más allá de una sola al **DEMANDANTE** sobre la necesidad, importancia y urgencia de acudir a asesorarse.

Por lo anterior, en el caso bajo estudio es razonable concluir que no fue suficiente el envío del correo invitando a asesorarse para subsanar la falta de información y asesoría que a la cual fue sometido el **DEMANDANTE** a lo largo del tiempo en sus vinculaciones a tres AFP distintas, lo que le impidió dimensionar el riesgo y consecuencias de permanecer en el RAIS y no retornar al RPM, por tanto, se revocará la sentencia y se declarará 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 forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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.

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

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 revocará la sentencia de primera instancia, se impondrá el pago de costas de primera instancia a las **DEMANDADAS**, sin que haya lugar a absolver a **COLPENSIONES** del pago de aquellas, toda vez que el artículo 365 CGP dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado y se declaró como válidamente afiliado al **DEMANDANTE** al RPM. Aclarando el magistrado ponente que recoge y rectifica su criterio en relación con la imposición de costas a COLPENSIONES en primera instancia en procesos relacionados con ineficacia de traslado de régimen pensional.

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

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado del RPM al RAIS que efectuó el demandante **HEBER RAFAEL MELGAREJO MOLINARES**, identificado con CC 85.450.512, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que 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.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el **DEMANDANTE** estuvo afiliado a dichas sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** con cargo a sus

propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir de las **AFP DEMANDADAS** los valores aludidos en los numerales segundo y tercero de este fallo e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del **DEMANDANTE** y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

QUINTO: 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: CONDENAR en costas de primera instancia a las demandadas **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, las cuales deberán ser tasadas por el *a quo*.

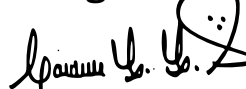
SÉPTIMO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

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.

En Uso de permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 02-2020-00185-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 **COLPENSIONES** contra el fallo del 03 de noviembre 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, reactivar su vinculación al RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (51:09 archivo “14GrabaciónAudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 6 a 16 archivo “01EscritoDemanda”).**

NOHORA CECILIA GONZÁLEZ PINZÓN solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, la devolución del saldo de su CAIP, 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 del 10 de octubre de 1985 al 31 de diciembre de 2003, que en noviembre de 2003 se trasladó al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, sin que la AFP suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada,

parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 21 de octubre de 2019 **COLPENSIONES** rechazó su solicitud de retorno al RPM.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la vinculación a la AFP fue una decisión libre e informada de la afiliada, tal y como plasmó por escrito en el formulario de afiliación, documento que se presumen auténtico, después de que el asesor la informó del funcionamiento del RAIS y las ventajas y desventajas de dicho régimen respecto el RPM y un análisis de la situación pensional de la **DEMANDANTE**, del mismo modo, la AFP le garantizó el derecho de retracto, nunca recibió queja o inconformidad con la permanencia en el RPM y comunicó el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 y límite de edad para trasladarse de régimen, por lo cual no hay falta al deber de información, es válida la vinculación a la AFP y no puede retornar al RPM por edad, sin que puedan exigirse deberes a la AFP de forma retroactiva y acató la normatividad vigente al traslado, en todo caso, no procede devolver los gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 1 a 26 archivo “06ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación al ISS y que negó su retorno al RPM en 2019. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, sin embargo, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, que el traslado no generó perjuicio porque para esa fecha solo tenía una expectativa pensional, no acreditó causal de nulidad y el error de derecho no genera nulidad, venció el plazo para alegar la misma y convalidó el acto porque por años ejecutó sus deberes con el RAIS sin manifestar inconformidad alguna, su situación fáctica es distinta a la de los casos estudiados por la H CSJ y por ende no la

cobija el precedente, que es desproporcional invertir la carga de la prueba contra 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 (Pág. 2 a 37 archivo “07ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (51:09 archivo “14GrabaciónAudienciaSentencia”).

El 03 de noviembre 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 la señora NOHORA CECILIA GONZÁLEZ PINZÓN, identificada con CC. 51.764.360 a HORIZONTE hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 28 de noviembre de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, igualmente se condenará SEGUNDO: a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión los valores recibidos con motivo de la afiliación de la DEMANDANTE como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora. TERCERO: SE ORDENARÁ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES aceptar tales valores y tener como válida la afiliación efectuada por la DEMANDANTE el 10 de octubre de 1985, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información laboral. CUARTO: SE DECLARARÁN NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: SE CONDENARÁ en costas a accionadas PORVENIR SA y COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargos de éstas. SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior. (...)”.

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

Para resolver indicó que el deber de información se impuso a las AFP desde su creación y evolucionó en etapas, la primera de ellas hasta 2009 y en la cual la AFP debía ilustrar las características,

condiciones de acceso, riesgos y efectos de cada régimen y la eventual pérdida de beneficios pensionales, ya que solo el consentimiento informado garantiza la libertad de selección de régimen y el mismo no se demuestra con la firma del formulario y sus expresiones genéricas, siendo la AFP responsable de demostrar que cumplió tal deber, so pena de ineficacia, la cual declaró en el caso porque la AFP no demostró que cumplió su deber y no puede trasladar tal carga al afiliado porque es el fondo el profesional en pensiones, tampoco los actos de relacionamiento reflejan un pleno conocimiento y aceptación de permanecer en el RAIS, por lo cual accedió a las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que se malinterpretó el artículo 1604 CC y la jurisprudencia impuso una responsabilidad objetiva a las AFP sin exigir al **DEMANDANTE** ningún soporte de vicio, fuerza o dolo en su afiliación al RAIS, tipo de responsabilidad que no aplica porque la esfera de control del riesgo no es exclusiva del fondo, ya que el Decreto 2241 de 2010 impuso al afiliado del Sistema General de Pensiones deberes como consumidor financiero y el silencio en el tiempo se entiende como la decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado (52:49 archivo “14GrabaciónAudienciaSentencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a las pruebas y precedente aplicable al caso. El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, de forma subsidiaria, condicionar las condenas contra su defendida al cumplimiento del fallo por la AFP y no condenar en costas. A su vez, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Alejandro Miguel Castellanos López, solicitó revocar el fallo porque no se acreditó causal de nulidad o ineficacia, la voluntad libre e informada de traslado se acredita con el formulario de afiliación, que es un documento público que se presume auténtico, cualquier irregularidad la saneó el tiempo y la

ratificación del afiliado, si hubo asesoría, reafirmó tácitamente su decisión de permanecer en el RAIS, no se pueden imponer cargas a la AFP no vigentes a la fecha del traslado, de forma subsidiaria, alegó que no hay norma ni motivo jurídico que sustente 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 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 la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NOHORA CECILIA GONZÁLEZ PINZÓN** nació el 28 de mayo de 1961 (Pág. 17 archivo “01EscritoDemanda”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 2003, donde cotizó 915,14 semanas (Pág. 60 a 66 archivo

“07ContestacionColpensiones”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 28 de noviembre de 2003, efectivo a partir del 1° de enero de 2004, AFP donde sigue vinculado y acumula 1.693 semanas a noviembre de 2021 (Pág. 92 a 94, 139 archivo “06ContestacionPorvenir”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, reactivar su vinculación al RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpone 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 bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de

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

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

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

“(…)

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

<i>asesoría y buen consejo</i>	<i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

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

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

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

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

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, la **AFP DEMANDADA** brindará 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 porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que el traslado fue libre, voluntario e informado, porque la regla jurisprudencial de la H. CSJ indica que no bastan las manifestaciones genéricas plasmadas en el formulario de afiliación para acreditar la libertad informada, a su vez, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio señaló que no fue asesora por el promotor de la **AFP DEMANDADA** señalando que no se le explicó si quiera que la pensión dependía de su ahorro y rendimientos, por tanto, no se configuró confesión porque no hubo reconocimiento expreso del afiliado de que fue debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS o que le explicaron el alcance y consecuencias de dicha 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 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 forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en

el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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, SL3188 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 los argumentos presentados por los recurrentes. En tal sentido y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se precisará 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, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras, 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 SL1500 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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación 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.

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.

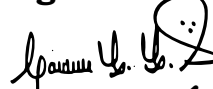
CUARTO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 05 2016 00639 01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 la parte demandada **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** en contra de la sentencia del 28 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó al reintegro de la demandante **ARACELI CUBIDES DE GONZÁLEZ** a partir del 16 de noviembre de 2013, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales legales, aportes a salud y pensión, reajustes salariales e indemnización de 180 días de salario (*min. 01:33:31, archivo “Audencia Art. 80 del CPTSS...”, carpeta “004. AUDIENCIA ART. 80”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ARACELI CUBIDES DE GONZÁLEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la

ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por cuanto se encontraba en un estado de debilidad manifiesta por salud. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reintegrarla al cargo que ocupaba o a uno de igual o superior categoría, al pago de los salarios legales y convencionales, prestaciones dejadas de percibir desde el momento del retiro hasta que se materialice el reintegro, aportes a salud y pensión, perjuicios, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, gastos por transporte, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió diferentes contratos de trabajo por obra o labor con la demandada **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** para desempeñar oficios varios entre el 24 de diciembre de 2009 y el 15 de noviembre de 2013, devengando un salario de \$1.359.390; que el 01 de febrero de 2010, sufrió un accidente de trabajo; el 01 de enero de 2013, se emitió concepto de medicina laboral; que el 27 de febrero de 2013 y 20 de noviembre de 2013, se requirió a la demandada para que aportara información para el estudio de presunta enfermedad laboral y el 06 de marzo de 2013 se realizó el análisis de riesgo o estudio del puesto de trabajo.

Afirmó que, durante los años 2011, 2012 y 2013, sufrió quebrantos de salud en su hombro y mano derecha, producto de lavar pisos, baños, paredes, barrer y trapear, lo que le impidió cumplir con eficiencia sus funciones, razón por la que recibió tratamiento médico e incapacidades; que fue enviada por la empresa a prestar los servicios en la oficina, en el campo base y en las dependencias de Ecopetrol Castilla; que producto de esa enfermedad recibió constantes atropellos por parte de Diana Maldonado, quien le exigió en varias ocasiones que presentara renuncia y, ante su negativa, el 08 de noviembre de 2013 el informaron la prohibición de ingreso a las instalaciones de Ecopetrol Castilla, por lo que acudió al Ministerio de Trabajo para buscar una solución, quien convocó a diligencia para el 05 de febrero de 2014.

Manifestó que el 15 de noviembre de 2013 fue citada por la demandada para procurar un arreglo, fue sola y sin la compañía de un apoderado, donde le exigieron que presentara carta de renuncia, le ofrecieron una significativa suma de dinero y fue presionada y manipulada para que firmara un acuerdo de terminación del contrato de trabajo; que continua enferma de sus manos y su hombro derecho y ha venido pagando los aportes a pensión y salud como independiente para poder recibir los servicios médico-asistenciales.

Señaló que la demandada no suministró servicio de transporte y tampoco le reembolsó los gastos que incurrió por dichos conceptos; y finalmente, que el 25 de junio de 2016 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez le dictaminó una PCL del 8,90% (*pág. 224 a 246, archivo "001. 11001 31 05 005 2016 00639 00"*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INDEPENDENCE DRILLING S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el salario devengado, la no existencia de llamados de atención, la documentación solicitada para el estudio de la presunta enfermedad de la demandante, el accidente de trabajo sufrido por la trabajadora, el dictamen de PCL emitido en el año 2016, la asistencia sola y sin apoderado de la demandante el día de la firma de la terminación del contrato, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, improcedencia de la declaratoria de nulidad de la transacción y como consecuencia de declarar vigente el contrato de trabajo, inexistencia de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, improcedencia de los pagos pretendidos al no existir posibilidad de reintegro, buena fe, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa y cosa juzgada (*pág. 274 a 313, archivo "001. 11001 31 05 005 2016 00639 00"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:33:31, archivo “Audiencia Art. 80 del CPTSS...”)

El 28 de junio de 2021, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a INDEPENDENCE DRILLING S.A., a reintegrar a la señora ARACELI CUBIDES DE GONZÁLEZ al cargo que se encontraba desempeñando o a uno que se adapte a sus nuevas capacidades laborales, a partir del 16 de noviembre de 2013, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales legales, aportes al sistema de seguridad social integral salud y pensión, y reajustes salariales a partir del año 2014 de acuerdo a los realizados a los trabajadores de la empresa demandada. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a cancelar a la señora ARACELI CUBIDES DE GONZÁLEZ la suma de \$8.189.989 por concepto de indemnización de 180 días de salario. **TERCERO: AUTORIZAR** a la demandada a que de la condena impuesta descuente la suma de \$25.328.540. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de reintegro de gastos de transporte y perjuicios. **QUINTO: COSTAS** a cargo de la demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$15.000.000.”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si el acuerdo celebrado entre las partes era ineficaz por vicios del consentimiento, si al momento de la terminación del contrato de trabajo la demandante se encontraba con estabilidad laboral reforzada por limitación física y si le asistía derecho al reintegro, pagos de salarios, prestaciones e indemnizaciones reclamadas.

Para resolver indicó que frente a la estabilidad laboral reforzada existían dos tesis diferentes, la de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, destacando que la SL de la CSJ antes del 2017 exigía que el trabajador tuviera una PCL no inferior al 15%, luego en fallos posteriores estableció que para esta protección no era necesario

que el trabajador estuviera calificado y nuevamente en el año 2021 vuelve a exigir el 15% de PCL, por lo que consideró que eran posturas no unánimes ni pacíficas; pero que la Corte Constitucional al llevar 22 años reiterando que no es necesario que una persona se encuentre calificada para concluir que se encuentra gozando de estabilidad laboral reforzada, pero si exigiendo que la persona no pueda ejercer sus funciones de manera regular, acogió dicha postura, consignada tanto en sentencias de tutela como en la sentencia SU049 de 2017 y C-200 de 2019.

Luego del análisis probatorio, concluyó que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de terminar su contrato de trabajo, pues desde marzo de 2013 tenía recomendaciones laborales, se encontraba en proceso de calificación y el empleador antes del mutuo acuerdo tenía pleno conocimiento de dichas circunstancias; que las funciones de la demandante no eran administrativas sino operativas de aseo, que implicaban que estuviera expuesta a riesgo osteomuscular; que para la fecha de suscripción de ese mutuo acuerdo, la demandante tenía 62 años, con escolaridad de quinto grado de primaria, y a pesar de que el interrogatorio aceptó leer y escribir, no se le realizó una labor de concientización y contexto sobre lo que estaba firmando, no se estableció en el proceso el ejercicio previo de negociación y al no brindársele la oportunidad de revisar y consultar el contenido de la comunicación, determinó que ese acuerdo de transacción era ineficaz, por lo que dispuso su reintegro y el pago de las prestaciones consecuenciales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandada **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso alegó que la demandante no es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada, por cuanto a la fecha de terminación del contrato de trabajo no presentaba circunstancias de salud que permitiera considerarla como una persona discapacitada, y la propia demandante en el interrogatorio confesó que no estaba

incapacitada, y se encontraba prestando el servicio de manera normal; que la PCL del 8,9% es suficiente para demostrar la inexistencia por fuero de salud, según la jurisprudencia de la CSJ; que la estabilidad laboral reforzada conforme la Corte Constitucional, se predica en los casos en que la condición de salud de un trabajador impida de manera sustancial la ejecución de las labores del trabajador, situación que no se probó en el proceso y la demandante no acreditó dicha imposibilidad para desarrollar sus servicios de manera habitual.

Sostuvo que la demandante no fue despedida y que el acuerdo celebrado entre las partes no es ineficaz puesto que no se probó algún vicio del consentimiento en su celebración, y si bien la demandante confirmó haberlo firmado, pero no leído, esta situación no le es imputable al empleador, además que la demandante tenía plena capacidad para suscribir el acuerdo y conocía plenamente sus implicaciones.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, la apoderada de la demandada solicitó la revocatoria de la sentencia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso, adicionando que existió cosa juzgada con base en el acuerdo transaccional, aspecto que no fue objeto de recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si la demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por

razones de salud al momento de la terminación del contrato y la validez del acuerdo transaccional.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre **ARACELI CUBIDES DE GONZALEZ** y la demandada **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** existieron tres contratos de trabajo por obra o labor vigentes así, entre el 24 de diciembre de 2009 y el 01 de febrero de 2010; 04 de febrero de 2010 a 01 de mayo de 2010 y 04 de mayo de 2010 a 15 de noviembre de 2013, fecha última en que se dio por terminado el contrato por mutuo acuerdo (*pág. 42 a 53, 79 y 330 a 332, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*); **ii)** **ARACELI CUBIDES DE GONZALEZ** siempre desempeñó el cargo de oficios varios (*pág. 332, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*); **iii)** la actora el 1° de febrero de 2010, sufrió accidente de trabajo (hecho 6 de la demanda, aceptado expresamente por la demandada en la contestación); **iv)** la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en dictamen del 29 de diciembre de 2011, calificó a la demandante con una PCL del 8.90%, de origen laboral, con fecha de estructuración 1° de febrero de 2010, por herida en la cadera; y en dictamen del 25 de mayo de 2016, determinó que las patologías de síndrome de túnel carpiano derecho, síndrome de manguito rotatorio derecho, tendinitis de bíceps derecho, y bursitis de hombro derecho son de origen común (*pág. 144 a 152, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*).

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide en forma sustancial la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su

afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra

demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso interpuesto, siendo relevante precisar, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impida sustancialmente la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 15 de noviembre de 2013, acaeció luego de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, correspondía a la demandante acreditar que se encontraba en situación de discapacidad para ese entonces,

que conforme con lo indicando en la sentencia SL260 de 2019 implica demostrar una afectación de salud que le impidió o limitó su capacidad de trabajo.

Para el efecto, se allegó al expediente, como pruebas relevantes, copia del concepto de medicina laboral, expedido el 14 de enero de 2013, que da cuenta de las patologías sufridas por la actora, relacionadas con lesiones de hombro, síndrome del túnel carpiano y antecedente de trauma en cadera izquierda sintomática, donde se indicó el plan de acción, entre ellas, la reubicación de la trabajadora en actividades en donde disminuyan los factores de riesgo biomecánico, pero con la advertencia que debía permanecer en el mismo puesto de trabajo hasta que se le definiera el estado por medicina laboral y ARP (*pág. 65 a 67, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*); órdenes médicas del 14 de enero de 2013 para la realización del procedimiento de resonancia magnética del hombro derecho y valoración por ortopedia (*pág. 65 a 67, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*); solicitudes presentadas ante el empleador para la remisión de documentos necesarios para la valoración del origen de la enfermedad calendadas el 14 de enero de 2013, 20 de noviembre de 2013 y 31 de diciembre de 2013, (*pág. 68, 71 a 73, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*); certificados de aptitud médica de fechas 28 de diciembre de 2009, apto para oficios varios, 15 de mayo de 2011, presenta condición médica que no disminuye su capacidad laboral, 28 de junio de 2011, examen médico satisfactorio con recomendaciones para manejo por EPS y ARL, y 18 de noviembre de 2013, examen médico de egreso con condición de enfermedad que debe ser valorada por la entidad de salud a la que se encuentre afiliada (*pág. 74 a 77, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”*); análisis del puesto de trabajo de oficios varios, realizado por la ARL SURA en marzo de 2013, donde se indican una serie de recomendaciones para el cumplimiento de la actividad de la demandante, entre ellas, evaluación de tareas, continuar vigilancia médica, facilitar escenarios de rehabilitación ocupacional, capacitación para higiene postural, actividad física, autocuidado, fomento de estilos de vida saludable y

mantener las tareas asignadas (pág. 78 a 106, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”).

Igualmente, reposa en el plenario, historia clínica a nombre de **ARACELI CUBIDES** que contiene el histórico de servicios médicos recibidos, orden de medicamentos e incapacidades, entre el 10 de julio de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2013, siendo la última incapacidad para el día 11 de octubre de 2012, y antes de terminar el contrato de trabajo la última valoración clínica fue del 15 de abril de 2013, posteriormente el 30 de diciembre de 2013 le ordenan manejo por fisioterapia y valoración por cirujano de mano, por los diagnósticos de “G560 SINDROME DEL TUNEL CARPIANO” y “M658 OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS”, pág. 107 a 143, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”); examen del laboratorio de neurofisiología del Hospital San José de fecha 3 de noviembre de 2013 por túnel carpiano, practicado a la demandante, donde se concluye que el resultado del estudio es “anormal, en relación a neuropatía por atrapamiento de nervio mediano derecho a nivel del túnel del carpo derecho de grado moderado” (pág. 116 a 118, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”); y dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez donde modifican el dictamen 3266 del 17 de septiembre de 2015 emitido por la Junta Regional de Calificación del Meta, para señalar que las patologías de síndrome de túnel carpiano derecho, síndrome de manguito rotatorio derecho, tendinitis de bíceps derecho, y bursitis de hombro derecho son de origen común; en los antecedentes se indican que los síntomas aparecieron en el año 2010, con intenso dolor en hombro y mano derecha de inició rápidamente progresivo, y que hubo una calificación el 29 de diciembre de 2011, donde se arrojó un PCL del 8.90%, con ocasión del accidente de trabajo ocurrido el 1 de febrero de 2010, por el diagnóstico de herida en la cadera (pág.144 a 152, archivo “001. 11001 31 05 005 2016 00639 00”).

Del análisis en conjunto de la totalidad de las pruebas, para la Sala es palmario que los diagnósticos que afectaron la salud de la actora aparecieron en mayor medida a partir del accidente de trabajo

ocurrido en el año 2010, hecho plenamente conocido por su empleador, no solo por la ocurrencia misma del accidente laboral sino por las incapacidades y las recomendaciones médicas y ergonómicas que le fueron expedidas.

Por ende, durante el curso de la relación laboral **ARECELI CUBIDES** presentó un deterioro en su salud, por cuya afección recibió tratamiento médico, no solo durante la vigencia del vínculo contractual sino con posterioridad, recibiendo recomendaciones médicas que estaban vigentes al 15 de noviembre de 2013, fecha de terminación del contrato de trabajo, lo que es indicativo que a esa fecha estaba en tratamiento médico y en proceso de recuperación de sus dolencias, tanto así que un mes después de su retiro le ordenaron valoración por cirugía por el diagnóstico del túnel carpiano.

Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación en salud conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cubija a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor, independientemente que hayan o no sido calificadas.

En este caso, la demandante a pesar de sus afecciones de salud, no presentaba incapacidades a la fecha del retiro y las patologías no le impedían el normal cumplimiento de su labor, pues así la demandante lo sostuvo en el interrogatorio de parte, cuando indicó que para la fecha del retiro estaba laborando de manera habitual (*min.15:57, archivo "004. AUDIENCIA ART. 80"*). Tampoco hubo confesión alguna a su favor en el interrogatorio practicado al representante legal de la demanda (*min.05:50, archivo "004. AUDIENCIA ART. 80"*).

Además, ninguna de las recomendaciones medico laborales y ergonómicas señalaron la incompatibilidad de las dolencias de la

demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que, y a pesar de las condiciones de salud de la demandante, en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada, advirtiéndose que, en todo caso, la terminación del contrato no fue por despido sino por mutuo acuerdo, diferente a la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la empresa demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, pues, contrario a lo afirmado por el *a quo*, resulta claro que la terminación del contrato obedeció a una causa legal prevista por el legislador, artículo 61 del CST, como lo es por mutuo acuerdo.

Para la Sala el mutuo acuerdo suscrito entre las partes el 15 de noviembre de 2013 es válido, (pág. 57 y 58, archivo *archivo "001. 11001 31 05 005 2016 00639 00*), pues bien podían, sin vulnerar derechos ciertos y discutibles del trabajador, como en efecto no ocurrió, pactar la forma de terminación del vínculo laboral, sin que para ese propósito y para su perfeccionamiento se exigiera acompañamiento alguno para la empleada, dado que no tenía ninguna limitación, sabía leer y escribir y estaba en el goce pleno de sus derechos. Y el hecho de que la empresa demandada haya ofrecido una bonificación para que la trabajadora aceptara la terminación por mutuo acuerdo, no vició su consentimiento, en la medida en que la trabajadora estaba en libertad de aceptarla o rechazarla, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera podían ser aprobadas o desestimadas por éste, así lo ha reiterado de manera pacífica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL26071 de 2006, SL26830 de 2006, SL 841 2013, SL900-2013, SL7491-2017, entre otras).

En este caso, **ARACELI CUBIDES** suscribió el acuerdo transaccional y recibió las sumas de dinero acordada, así también lo manifestó en el interrogatorio y además está probado en el expediente, por lo que se materializó el convenio celebrado entre las partes, sin que en el juicio la parte actora haya acreditado que hubo vicios de su consentimiento en su celebración, y si bien en la demanda y en el interrogatorio rendido por ésta se señaló que fue presionada por funcionarios de la compañía, tanto para presentar la renuncia, como para persuadirla, presionarla y manipularla para que firmara el acuerdo de terminación, no hay ningún elemento de prueba que constate este supuesto. En todo caso, la situación de salud que presentaba la trabajadora no le impedía celebrar ni suscribir este tipo de acuerdos con el empleador.

En esos términos, le asiste razón a la parte apelante, dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada a favor de la demandante y el mutuo acuerdo para terminar el contrato de trabajo goza de plena validez, por lo que el Tribunal revocará la decisión de primera instancia que concedió las pretensiones y, en su lugar, absolverá a la demandada de todas y cada de ellas.

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 Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **INDEPENDENCE DRILLING S.A.** 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.
(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2020-00114-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 02 de agosto de 2022 del Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz la afiliación y traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (41:05 archivo “24AudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 7 a 51 archivos “01Demanda”).**

FABIOLA DEL SOCORRO ORJUELA SANTOS solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, la devolución del saldo de su CAIP, reactivar su vinculación en el RPM y otorgar la pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 03 de febrero de 1954, que se afilió al extinto ISS del 1° de marzo de 1976 a febrero de 1988, que tiene régimen de transición por edad y cotizó más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005, no

obstante, en febrero de 1999 se trasladó al RAIS mediante vinculación a OLD MUTUAL AFP hoy **SKANDIA S.A.**, AFP que no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales, al punto que podría estar pensionada en el RPM por régimen de transición. Aseguró que en 2019, solicitó retornar al RPM a **COLPENSIONES**, petición que rechazó la entidad el 22 de febrero de 2019.

- **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 al ISS y que negó su petición de retorno al RPM de 2019. Indicó que no le constan las particularidades del traslado al RAIS por lo cual al **DEMANDANTE** debe acreditar el sustento fáctico de sus peticiones, pero no allegó ninguna prueba de causal de nulidad, ni presentó queja o solicitud de vincularse al RPM, de otra parte, perdió su régimen de transición porque decidió acogerse al RAIS y hoy no puede pretender desconocer la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, 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 genérica (Pág. 3 a 41 archivo “08ContestacionColpensiones”).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Alegó que la vinculación a la AFP es válida por ser un acto voluntario que carece de causal de nulidad o ineficacia, tras una asesoría cierta sobre las condiciones del RAIS y el conocimiento previo derivado de una vinculación anterior a otra AFP,

a su vez explicó las condiciones para acceder a la pensión en cada régimen, mediante explicaciones suficientes y oportunas, siendo el ciudadano el principal actor en la planeación de su futuro pensional y en últimas firmó el formulario de vinculación a la AFP, donde plasmó constancia de haber sido asesorada, sin que la AFP pudiera rechazar la solicitud de afiliación conforme el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y artículo 5 del Decreto 692 de 1994, tampoco se pueden exigir deberes de asesoría impuestos por normas no vigentes a la fecha de la vinculación ni imponer la devolución de gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica (Pág. 1 a 33 archivo “17ContestacionSkandia”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (41:05 archivo “24AudienciaFallo”).

El 02 de agosto de 2022, el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: Respecto al proceso radicado 20200011400 se DECLARA la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante FABIOLA DEL SOCORRO ORJUELA SANTOS con la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA el 1º de febrero de 1999 contenido en el formulario No. 35107. SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora FABIOLA DEL SOCORRO ORJUELA SANTOS, dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a SKANDIA que debe devolver todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la DEMANDANTE mientras ha estado afiliada a ese fondo privado, tales como gastos de administración, comisiones o cualquier otro valor o emolumento que se hubiese descontado de dichos aportes pensionales desde el año 1999 cuando inició la afiliación de la DEMANDANTE a este fondo privado, dineros que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante dentro del presente proceso FABIOLA DEL SOCORRO ORJUELA SANTOS, desde su afiliación inicial al ISS en 1976. QUINTO: dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y OLD MUTUAL en sus contestaciones. SEXTO: las cosas son a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, las agencias en derecho se tasan a favor de la DEMANDANTE en 2 slmlmv al momento del pago a cargo de cada fondo. (...) SÉPTIMO: se ordena la consulta de la presente sentencia que se dicta en esta audiencia concentrada dentro de cada uno de los

procesos objeto de estudio ante el Superior y a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la Nación y a fin que revise la legalidad de lo decidido. (...)”.

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

Para resolver indicó que la H. CSJ sostiene que las AFP tienen el deber de información desde su creación para permitir una selección informada entre los regímenes pensionales y los efectos y riesgos de pertenecer al uno u otro, deber cuyo cumplimiento debe probar la AFP sin que baste la firma del formulario de afiliación, ya que éste prueba el consentimiento pero no que sea informado, más aún cuando la afiliad tenía régimen de transición, sin que en el caso bajo estudio haya prueba del cumplimiento diligente de tal deber y por ello declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, negó la pensión de vejez aunque no expresó tal decisión en la parte resolutive del fallo y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la afiliada no pudo retornar al RPM por la restricción de traslado por edad, que no hay prueba de vicio del consentimiento y el error de derecho no afecta la eficacia del negocio jurídico, además la nulidad no se alegó en término conforme el artículo 1750 CC y hay ratificación tácita porque se ejecutó el contrato al consentir descuentos de aportes con destino al RAIS, tampoco procede la inversión de la carga de la prueba según el artículo 1604 CC porque el afiliado es deudor porque es quien hace aportes y solo hasta la pensión se invierte ello, por tanto, debe aplicar el artículo 167 CGP y no se demostró ningún vicio, por otra parte, la AFP no está obligado a lo imposible como probar hechos de hace 23 años al momento de la vinculación, de otra parte, la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 materializaron el deber de información y al momento del traslado no se requería prueba del consentimiento más allá del consentimiento plasmado en el formulario de afiliación e imponer cargas adicionales rompe la seguridad jurídica,

igualmente, las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 indican que nadie se puede subsidiar con los aportes de otros afiliado porque se desfinancia el RPM y una ineficacia injustificada afecta la sostenibilidad financiera y coloca en riesgo los derechos de los demás afiliados, ya que la sentencia T-489 de 2010 reprocha a los que a menos de 10 años de la edad de pensión quieren beneficiarse del ahorro comunitario, por ende, afecta la equidad permitir a quien no contribuyó disfrutar ventajas derivadas de cotizaciones y riesgos asumidos por terceros (45:05 archivo “24AudienciaFallo”).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. solicitó revocar el numeral tercero del fallo. Señaló que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagró en ambos regímenes los gastos de administración y definió el porcentaje en que deben ser usados en el RAIS, orden reiterada en el artículo 36 del Decreto 692 de 1994, por ende, el 3% se gastos para cubrir las comisiones y primas que permiten cubrir los gastos de administración de cuenta, la rentabilidad mínima, la custodia de la historia laboral, el cobro de mora y el financiamiento de las pensiones de invalidez y muerte, por tanto, se debe ponderar el precedente de la H. CSJ frente las figuras de las restituciones mutuas, la buena fe y la confianza legítima, a su vez, para mantener la cobertura del riesgo de muerte e invalidez que tienen la afiliada ya se gastó el dinero en primas, de otra parte, no procede la indexación porque los recursos generaron la rentabilidad mínima mayor a la inflación, por ende, no hay mérito para ninguna actualización monetaria porque nunca se afectó el valor adquisitivo de los recursos (45:05 archivo “24AudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, al ser acorde con el precedente jurisprudencial de la H. CSJ y los hechos probados en el proceso. Por su parte la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Astrid jasbleyde Cajiao Acosta, identificada con CC 65.701.747 y TP 123.148 del CSJ, quien

solicitó acceder a su recurso reiterando que hay prohibición legal expresa para retornar al RPM por edad, que no se acreditó vicio del consentimiento, que la carga de la prueba corresponde al afiliado porque es el deudor que debe hacer aportes, que no es exigible de forma retroactiva el deber de información a la AFP y acceder a las suplicas genera la descapitalización del RPM, de forma subsidiaria, solicitó no ser condenada en costas. Agotado el término de traslado, la apoderada de **SKANDIA S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **SKANDIA 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 **MARÍA DEL PILAR MARTÍN MUÑOZ** nació el 03 de

febrero de 1954 (Pág. 53 archivo “01Demanda”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 01 de marzo de 1976 al 3ª de enero de 1996, cotizando 487 semanas (Pág. 43 a 47 archivo “08ContestacionColpensiones”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a través de **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación del 25 de febrero de 1999, efectivo a partir del 1º de abril de 1999, AFP donde sigue vinculada y acumula 10.984 días cotizados a marzo de 2022 (Pág. 68 a 96 archivo “17ContestacionSkandia” y archivo “15ContestacionPorvenir”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* ineficaz la afiliación y traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron 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 1º del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-,

vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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:

“(…)

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

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

(...)”

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2173 de 2022, 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, la **AFP DEMANDADA** brindará 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 porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, siendo razonable inferir que la **AFP DEMANDADA** no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que el traslado fue libre e informado, porque la regla jurisprudencial de la H. CSJ indica que no bastan las manifestaciones genéricas plasmadas en el formulario de afiliación para acreditar una libertad informada, de otra parte, no se configuró ninguna confesión porque no hubo reconocimiento expreso del afiliado de que fue debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS ni de que le explicaron el alcance y consecuencias de dicha 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, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de que la **DEMANDANTE**, de forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la

restricción por edad, por si mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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, SL3188 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 los argumentos presentados por la recurrente. En tal sentido y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará el alcance de la condena.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta, la orden dada en la sentencia respecto de que **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, genera la reactivación de la afiliación en el RPM 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, SL2173 de 2022, SL2380 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 con Prestación Definida.

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 SL1500 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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

Se confirmará la condena a costas de primera instancia, como quiera que no fue objeto de los recursos de apelación de las **DEMANDADAS**, advirtiendo que la apoderada de **COLPENSIONES**

solicitó su revocatoria hasta alegatos de segunda instancia, sin que sea válido introducir en dicho momento procesal puntos de inconformidad adicionales a los expuestos al sustanciar el recurso de apelación, toda vez que el artículo 66A CPTSS delimita la competencia del Juzgado en segunda instancia a las materias objeto del recurso de apelación.

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 **FABIOLA DEL SOCORRO ORJUELA SANTOS**, identificada con CC 41.612.829, a través de su vinculación a **SKANDIA S.A.** del 25 de febrero de 1999, efectiva a partir del 1º de abril de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: 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 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.

TERCERO: REVOCAR el numeral tercero del fallo de primera instancia.

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 la 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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 09-2021-00247-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 04 de agosto de 2022 del Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (15:38 archivo “*B6 folio 434 grabación audiencia parte 2 - 04-08-2022*”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 87 a 109 archivo “A1 folio 1 a 111 - Demanda y anexos 19-05-2021”).**

LILIANA MORELIA JARA LÓPEZ 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 nació el 28 de octubre de 1964, se afilió al extinto ISS el 03 de agosto de 1994, que el 15 de octubre de 2002 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. Señaló que el 28 de enero de 2021, solicitó su traslado a la AFP y simulación pensional, en esa misma fecha radicó reclamación a **COLPENSIONES** de ineficacia o nulidad de traslado.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, la fecha de traslado al RAIS y las reclamaciones de la **DEMANDANTE**. Indicó que previo al traslado informó de manera completa y suficiente de las características y beneficios del RAIS, por lo cual la afiliada pudo adoptar una decisión informada, de otra parte, solo hasta el Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 las AFP adquirieron el deber de asesoría e información y explicar las consecuencias del traslado, obligaciones que no se pueden exigir de forma retroactiva, por su parte, la ley consagra las características de los fondos pensionales, la cual es de público conocimiento y no se puede alegar su desconocimiento, en todo caso, la afiliación cumplió todos los requisitos exigidos para la fecha del traslado y es válido. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe (Pág. 119 a 151 archivo “A5 folio 119 a 270 - *Contestación de la demanda 02-02-2022*”)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y fecha de traslado al RAIS. Indicó que el traslado al RAIS lo efectuó la **DEMANDANTE** en uso de su libertad de escogencia de régimen y no se aportó ninguna prueba de un vicio en el consentimiento al momento de la vinculación a la AFP, por otra parte, la afiliada fue negligente con sus deberes como consumidor financiero, no se informó sobre su situación pensional y pretende alegar la ignorancia de la ley a su favor, sin que un eventual error de

derecho genere nulidad y sin que sea válido el retorno al RPM por la prohibición de traslado por edad y afecta la sostenibilidad financiera. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES** en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, el error de derecho no vicia el consentimiento, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, 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. 1 a 18 archivo “B4 folio 332 a 379 - contestación Colpensiones 07-02-2022”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (15:38 archivo “B6 folio 434 grabación audiencia parte 2 - 04-08-2022”).

El 04 de agosto 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 Liliana Morelia Jara López, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir, el 15 de octubre de 2002. **SEGUNDO. CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Liliana Morelia Jara 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 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. **CUARTO. COSTAS.** Lo serán a cargo de 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. **QUINTO.** De no ser apelado, remítase el presente asunto a 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 el artículo 69 CPTSS. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si es eficaz el traslado de régimen pensional y viabilidad de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen pensional se garantiza con el deber de información a cargo de la AFP, porque no hay libertad de decisión sin conocimiento de las consecuencias de la decisión, sin que tal requisito se cumpla con expresiones genéricas, siendo responsabilidad de la AFP acreditar el cumplimiento diligente de tal deber so pena de considerar ineficaz el traslado, conforme los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia de la H. CSJ. En el caso bajo estudio no hay prueba de que PORVENIR informara las características, ventajas y desventajas de cada régimen y consecuencias del traslado, no hay siquiera prueba de comparación entre los regímenes, por lo cual declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento por administración, reactivar su afiliación en el RPM y costas a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Alegó que no aplica indiscriminadamente el precedente, porque no hay similitud en las condiciones fácticas porque la **DEMANDANTE** de forma libre, voluntaria, consciente e informada se trasladó conforme la normatividad vigente en 2002, fecha en la que no se exigía la información en los términos indicados en el fallo, además todo aspecto de los regímenes pensionales esta la ley y podía ser consultado en cualquier tiempo y el consumidor financiero debe actuar con diligencia y por lo menos consultar sobre el acto celebrado, por tanto, como se informaron las consecuencias del traslado al RAIS y como se indicó en el interrogatorio que el formulario se suscribió libremente no hay ineficacia. De otra parte, indicó que si el acto fue ineficaz no hay causa para devolver rendimientos causados en el RAIS, tampoco debe restituir los gastos de administración porque fueron invertidos conforme su destinación legal para cubrir los gastos de administrar la CAIP y solo debe retornar las sumas que indica el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 y no debe asumir costas ni agencias porque el traslado fue válido (17:23 archivo “B6 folio 434 grabación audiencia parte 2 - 04-08-2022”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no puede desacatar la prohibición legal de retorno al RPM en razón a la edad de ala afiliada, quien reconoció en su interrogatorio que no se le obligó a trasladarse y abandonar el RPM y eligió el RAIS de forma espontánea y libre y nunca se acercó al ISS o **COLPENSIONES** ni demandó la nulidad en el término de 4 años, conducta con la cual ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, sin que haya motivo para declarar ineficaz su traslado a dicho régimen (23:45 archivo “*B6 folio 434 grabación audiencia parte 2 - 04-08-2022*”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo porque es acorde a derecho. Por su parte, **COLPENSIONES** sustituyó poder 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 William Montes Urrea, identificado con CC 1.053.836.281 y TP 316.002 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó absolver a su cliente porque no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, las condenas afectan el principio de sostenibilidad financiera y no se valoró el nivel de exigencia del deber de información vigente a la fecha del traslado al RAIS. Finalmente, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con CC 1.018.469.231 y TP 365.094 del CSJ, quien solicitó revocar el fallo y acceder a su recurso, porque el traslado al RAIS fue libre, voluntario y consciente, tal y como prueba el formulario de afiliación, se interpretó erróneamente el deber de información y no se consideró que el mismo se cumplió conforme la normatividad vigente a la fecha de la vinculación a la AFP, no hay posición dominante de la AFP, la afiliada nunca retornó al RPM y confesó en interrogatorio que conoce características propia del RAIS que demuestran que si hubo asesoría, la AFP no podía negarse a la afiliación y no hay mérito para restituir gastos y solo debe devolver los rendimientos que se causarían en el RPM, muy inferiores a los generados en el RAIS, advirtiendo que

los gastos ya fueron invertidos conforme ley y la imposibilidad de devolver primas de seguros previsionales.

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 restantes 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 **LILIANA MORELIA JARA LÓPEZ** nació el 28 de octubre de 1964 (Pág. 4 archivo “*A1 folio 1 a 111 - Demanda y anexos 19-05-2021*”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 03 de agosto de 1984 al 31 de octubre de 2002, cotizando 365,14 semanas (Pág. 19 a 25 archivo “*B4 folio 332 a 379 - contestación Colpensiones 07-02-2022*”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 15 de octubre de 2022,

efectivo a partir del 1° de diciembre de 2002, AFP donde permanece vinculada y acumula 1.282 semanas a enero de 2022 (Pág. 56 a 58, 68, 100 archivo “A5 folio 119 a 270 - Contestación de la demanda 02-02-2022”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron 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, es preciso establecer el marco normativo que regula 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, consagrando la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque se limitó a aportar el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, 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, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que se confesó que el traslado fue libre, voluntario e informado, porque si bien la **DEMANDANTE** reconoció que suscribió el formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** de manera libre, no es menos cierto que aclaró que los promotores de dicha AFP no le dieron asesoría sobre aspectos elementales del RAIS como rendimientos, CAIP, aportes voluntarios, también señaló que no recibió ningún tipo de asesoría sobre el RPM por el ISS o **COLPENSIONES**, por tanto, no se configuró ninguna confesión porque no hubo reconocimiento expreso del afiliado de haber sido debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS ni de que conocía el alcance y consecuencias de dicha 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 forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660

de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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 y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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.

Como quiera que se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se mantendrá la condena a costas impuestas 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.

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

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

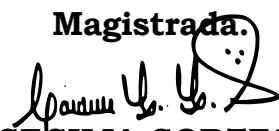
CUARTO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 17-2020-00175-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 30 de julio de 2021 del Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (52:57 archivo “AUD. ORD. 11001310501720200017500 ART. 80 CPTSS_20210730_170045”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 9 archivo “012020-175 CON FALLO”).**

ALBERTO GIAN CARLO MARCENARO JIMÉNEZ 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, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 21 de enero de 1961, que en 1982 se vinculó al extinto ISS, que el 21 de marzo de 2000 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. Señaló que el 06 de agosto de 2019 la AFP realizó proyección pensional, tras lo cual el 15 de mayo de 2020 reclamó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, solicitud rechazada el 19 de mayo de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su vinculación al ISS, fecha de traslado al RAIS y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, no obstante, el afiliado no acreditó ninguna causal de nulidad o falta de información por la AFP, está sometido a la restricción de traslado por edad y acceder a ello afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica (Pág. 79 a 99 archivo “A5 folio 119 a 270 - Contestación de la demanda 02-02-2022”).

El auto del 12 de febrero de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Pág. 129 a 131 archivo “A5 folio 119 a 270 - Contestación de la demanda 02-02-2022”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (52:57 archivo “AUD. ORD. 11001310501720200017500 ART. 80 CPTSS_20210730_170045”).

El 30 de julio de 2021, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, según lo expuesto en la

parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** que el traslado del señor ALBERTO GIANCARLO MARCENARO JIMÉNEZ identificado con la C.C. 79.232.368, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. **TERCERO: DECLARAR** que el demandante señor MARCENARO JIMÉNEZ, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar esa vinculación nuevamente, sin solución de continuidad y tenerlo dentro de sus afiliados, lo anterior según lo expuesto. **CUARTO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del DEMANDANTE, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, intereses y rendimientos, en la forma ordenada, sin autorizar a PORVENIR a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. **QUINTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A. y convalidarlos en la historia laboral del DEMANDANTE. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a las DEMANDADAS, en firme esta sentencia, por Secretaría practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte. **SÉPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA** a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior, Sala de Decisión Laboral. (...)."

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedibilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen pensional requiere que la AFP cumpla su deber de información, ya que no hay libertad de selección sin conocimiento de las consecuencias de tal decisión, pero en el caso bajo estudio la AFP ni siquiera contestó la demanda y no hay prueba de que **PORVENIR S.A.** informara las características, ventajas y desventajas de cada régimen y las implicaciones del traslado, por lo cual declaró ineficaz el traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se valoró que el consentimiento informado se plasmó en un documento público, ya que el formulario de afiliación expresa la decisión informada de escoger el RAIS previa asesoría, conforme la normatividad vigente para ese entonces, por ende no es una simple expresión vacía sino la voluntad de alguien capaz de obligarse y se garantizó el derecho al retracto conforme el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y declarar

ineficaz el acto desconoce la autonomía privada de la libertad conforme la sentencia C-341 de 2006, tampoco procede la devolución de los gastos de administración porque se cobran en ambos regímenes según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y como no financian la pensión entonces son prescriptibles, además su devolución causa un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** y desconoce que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 solo ordena devolver el saldo de la CAIP ya que los gastos de administración no son del afiliado sino de la AFP, de otra parte, el **DEMANDANTE** debe restituir los frutos financieros conforme el artículo 1746 CC (52:57 archivo “AUD. ORD. 11001310501720200017500 ART. 80 CPTSS_20210730_170045”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se demostró un vicio del consentimiento del **DEMANDANTE**, por el contrario, es clara su voluntad de trasladarse al RAIS, decisión que ratificó pagando aportes a ese régimen por más de 15 años y no es viable su retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, antes de la cual el afiliado nunca solicitó el traslado o información a **COLPENSIONES** ni tiene ninguna expectativa legítima, además, como consumidor financiero era responsable de informarse sobre el RAIS y la AFP no podía hacer una protección pensional y ésta no es prueba útil para demostrar un vicio de consentimiento y tal deber empezó con el Decreto 2071 de 2015, en todo caso, no se debe condenar en costas a **COLPENSIONES** porque siempre actuó conforme ley y en defensa de los intereses de sus afiliados. En caso de confirmarse el fallo, solicitó ratificar la condena a devolver el saldo de la CAIP sin descuentos y que **COLPENSIONES** puede ejercer todas las acciones para cobrar dichos recursos (52:57 archivo “AUD. ORD. 11001310501720200017500 ART. 80 CPTSS_20210730_170045”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 1.037.639.320 y TP 288.820 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 que se suministró la información sobre los efectos de la misma, no hay prueba de causa de nulidad, no usó el derecho de retracto, de otra parte, el deber de asesoría inició con la Circular 016 de 2016 de la Superfinanciera y no se pueden imponer deberes de forma retroactiva, no es viable invertir la carga de la prueba y el retorno al RPM no procede por la restricción por edad y afecta la sostenibilidad financiera. Finalmente, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, ya que no hay causa para declarar nulo el traslado ni la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque no se acreditó conducta dolosa de la AFP, además el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico y acredita la selección libre e informada de régimen y que se garantizó el derecho de retracto, por tanto, la AFP si cumplió la carga de la prueba y el afiliado ratificó su permanencia con los años de vinculación a la AFP, de otra parte, no hay mérito para devolver gastos de administración porque no son incluidos en los factores que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 ordena retornar en caso de traslado y si se aplican las restituciones mutuas, el afiliado debe devolver los rendimientos, además los gastos son prescriptibles.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional 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 **ALBERTO GIAN CARLO MARCENARO JIMÉNEZ** nació el 21 de enero de 1961 (Pág. 26 archivo “012020-175 CON FALLO”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 1° de septiembre de 1982 al 30 de abril de 2000, cotizando 315,14 semanas (Pág. 123 a 127 archivo “012020-175 CON FALLO”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 21 de marzo de 2000, efectivo a partir del 1° de mayo de 2000, AFP donde permanece vinculado y acumula 1.499 semanas a abril de 2021 (Pág. 215 a 217, 242 y 269 archivo “012020-175 CON FALLO”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión las **DEMANDADAS** interpusieron 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 bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

“(…)

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

De otra parte, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que el traslado fue libre, voluntario e informado, porque conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ no bastan las manifestaciones genéricas plasmadas en el formulario de afiliación para acreditar la libertad informada, por su parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio señaló que el asesor de **PORVENIR S.A.** le indicó que podría pensionarse a una menor edad y que podría heredar sus aportes, más sin embargo,

aclaró que no se le explicó cómo lograr la pensión en menor tiempo y que no se le explicaron siquiera las modalidades de pensión de vejes del RAIS, por lo cual no se configuró ninguna confesión porque no hubo un reconocimiento expreso del afiliado de haber sido debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS ni de que conocía el alcance y consecuencias de dicha 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 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 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 el **DEMANDANTE**, de forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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 y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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.

Como quiera que se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se mantendrá la condena a costas, sin embargo, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada **COLPENSIONES** de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 CGP dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado y se declaró como válidamente afiliado al **DEMANDANTE** al RPM. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** pagar las costas del proceso. Aclarando el magistrado ponente que recoge y rectifica su criterio en relación con la imposición de costas a COLPENSIONES en primera instancia en procesos relacionados con ineficacia de traslado de régimen pensional.

Sin costas en segunda 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 cuarto 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.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en la 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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.18-2019-00487-02

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 26 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuado por el demandante **MIGUEL ANGEL LOZANO VERA** a la **AFP COLFONDOS**, ordenó a **PORVENIR** y a **COLFONDOS** trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, rendimientos y gastos de administración, sin descuento alguno, sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y a corregir la historia laboral, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las AFP demandadas (*min. 01:28:02, archivo “21AudienciaVirtual”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

MIGUEL ANGEL LOZANO VERA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS, se ordene el traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, el envío del valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta de ahorro individual, junto con el reembolso de los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes pensionales, condenar a **COLPENSIONES** a aceptarlo en el RPM y a recibir dichos recursos, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que ha prestado sus servicios como empleado en la Secretaría de Salud de Cundinamarca y desde el inicio de su actividad estuvo vinculado con el ISS; que suscribió formulario de afiliación y traslado con la AFP PORVENIR el 10 de septiembre de 1998, pero que los asesores no tenían un amplio conocimiento en temas de seguridad social, por lo que lo indujeron de manera equivocada a vincularse al RAIS, no se le indicó sobre la pérdida de beneficios del RPM, los eventuales riesgos que podía tener el traslado y nunca le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva; que no presentó comunicación escrita en la que constara la selección de dicho régimen ante PORVENIR.

Señaló que el 22 de julio de 2009 y 18 de octubre de 2019, solicitó al ISS el traslado al RPM, reiterando la petición el 3 de agosto de 2010; que posteriormente, el 29 de enero de 2019 solicitó a COLPENSIONES la afiliación en el RPM y 06 de febrero de 2019 reclamó su desvinculación a la AFP PORVENIR, peticiones que fueron negadas (*pág. 2 a 20, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la solicitud de traslado presentada en el año 2010, la reclamación administrativa radicada en el año 2019 y su respuesta, frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones que denominó el 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 innominada o genérica (*pág. 1 a 11, archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”*).

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 genérica (*pág. 1 a 31, archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”*).

En audiencia pública celebrada el 03 de noviembre de 2020, el *a quo* dispuso integrar el contradictorio con **COLFONDOS** (*min. 01:04:30, archivo “13AudienciaVirtual”*)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso como medio de defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencias de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (*pág. 4 a 21, archivo “ContestacionDemandaColfondos”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:28:02, archivo “21AudienciaVirtual”)

El 26 de julio de 2022, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor MIGUEL ANGEL LOZANO VERA identificado con C.C. No. 10.161.957, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el 11 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1 de mayo de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor MIGUEL ANGEL LOZANO VERA identificado con C.C. No. 10.161.957, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **TERCERO: ORDENAR** a la FONDO 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 del señor MIGUEL ANGEL LOZANO VERA identificado con C.C. No. 10.161.957, obligatoriamente devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ANGEL LOZANO VERA, obligatoriamente devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor MIGUEL ANGEL LOZANO VERA y corregir su historia laboral, una vez reciba estos dineros del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. **SEXTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia,

*el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. **SÉPTIMO: COSTAS** de esta instancia a cargo de las demandadas FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000.00 cada una. **OCTAVO:** Con la presente providencia procede el recurso de apelación.”.*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si era procedente declarar nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante a través de **AFP PORVENIR** por falta de información y, en consecuencia, verificar la posibilidad de que la demandada traslade los valores de cotizaciones que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, la responsabilidad de **COLFONDOS** y si **COLPENSIONES** debía actualizar la historia laboral.

Para resolver la Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, el deber de información siempre ha existido a cargo de los fondos de pensiones, quienes tienen la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de esta obligación. Por tal razón, luego de analizar el caudal probatorio, concluyó que **COLFONDOS**, AFP inicial, así como **PORVENIR**, no cumplieron con este deber de información, pues el afiliado no conoció las particulares propias de cada uno de los regímenes pensionales para que de manera consciente hubiera realizado preguntas a los asesores de las afps y tomara la mejor decisión, motivo por el cual era procedente la declaratoria de ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, teniendo en cuenta que el demandante es una persona capaz, consciente y con unas capacidades académicas y profesionales particularmente altas que le permiten establecer que la decisión que tomó para permanecer y afiliarse en el RAIS estuvo precedida de la información necesaria para

que el traslado fuera la opción más viable para sus intereses futuros, por lo que no puede concluirse que no se le suministró toda la información necesaria para su futuro pensional pues en el interrogatorio de parte el actor indicó que lo que busca es un beneficio conforme con su mesada pensional y no demostró que fue una omisión en la mala asesoría por parte de los fondos privados, por lo que no se probó vicios del consentimiento; que la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse de forma genérica y en desigualdad de las partes involucradas en el proceso; que no es dable recibir al demandante por cuanto afectaría el sistema financiero y a los demás afiliados, al no existir fidelidad en el RPM (*min. 01:31:12, archivo “21AudienciaVirtual”*).

El apoderado de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia para que, en su lugar, se absuelva a su representada de todas las pretensiones. Afirmó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, pues al tratarse del régimen obligatorio de pensiones tanto el RPM con el RAIS se encuentran definidos en la Ley 100 de 1993, por lo que en virtud del artículo 13 Constitucional el demandante debía conocer dicha Ley, careciendo de fundamento razonable el argumento que por no tener educación en materia pensional estaba imposibilitado para conocer las implicaciones del traslado de régimen pensional; que en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, solicita que se absuelva a **PORVENIR** de devolver lo descontado por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de pensiones de garantía mínima, por cuantos los gastos de administración son conceptos autorizados para descontar por parte de las afps como consecuencia de la buena administración de la cuenta de ahorro individual del actor, configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, no financian la pensión del afiliado, en el RPM también se descuentan estos montos y además, están sujetos a prescripción (*min. 01:36:52, archivo “21AudienciaVirtual”*).

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 se confirme la sentencia de primera instancia.

El apoderado principal de **PORVENIR**, en sus alegaciones, solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Finalmente, la firma de abogados MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder al Doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con C.C. 1.110.497.079 y titular de la T.P. 247.584 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos reiteró los planteamientos señalados en el recurso.

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) MIGUEL ANGEL LOZANO VERA** nació el 06 de mayo de 1954 (*pág. 41, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** se afilió al ISS a partir del 04 de diciembre de 1984 (*historia laboral expediente administrativo, carpeta “06.1ExpedienteAdministrativoColpensiones”*); **iii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 10 de septiembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año (*pág. 25 a 28, archivo “01DemandaAnexos” y pág. 36, archivo “07ContestacionDemandaPorvenir”*) **iv)** realizó traslados horizontales en el RAIS, inicialmente a **COLFONDOS S.A.** el 05 de mayo de 1999 y luego a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 21 de agosto de 2000, donde sigue vinculado (*pág. 25 a 28, archivo “01DemandaAnexos”*).

- 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:

“(…)

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

(…)”

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, 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 COLPATRIA hoy **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 referida no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, el **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor del fondo de pensiones se limitó a indicarle que lo mejor era afiliarse al fondo privado y que el ISS se iba a acabar y en forma general los beneficios de pertenecer a ese régimen de pensiones, 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.

Se advierte 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.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, 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, SL3188 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 los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener suma alguna. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará esta condena.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta, la Sala modificará la parte resolutive 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.

Igualmente, se modificará el ordinal primero de la decisión de primera instancia por cuanto el traslado de régimen pensional no se materializó con **COLFONDOS** sino con COLPATRIA hoy **PORVENIR**, a través de formulario de afiliación suscrito el 10 de septiembre de 1998. Lo anterior, por cuanto los documentos allegados por **COLFONDOS** en la contestación de la demanda que refieren a un traslado realizado el 11 de abril de 1994, corresponden a la afiliada Jeannette Morales

García (pág. 22 y 23, archivo “20ContestacionDemandaColfondos”) y no al demandante.

Ahora, la orden dada en la sentencia respecto de que **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, genera la reactivación de la afiliación en el RPM sin solución de continuidad, situación 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, SL2173 de 2022, SL2380 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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

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 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. efectuado el 10 de septiembre de 1998, con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1998, por el señor MIGUEL ANGEL LOZANO VERA identificado con C.C. No. 10.161.957, 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.

(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.19-2020-00132-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 27 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, efectuada por el demandante **CARLOS FERNANDO VALLES FRANCO** a **PORVENIR**, condenó a esa AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de administración, ordenó a COLPENSIONES a recibir al actor y reactivar la afiliación en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR** (*min. 52:45, archivo “16AudienciaArt80”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

CARLOS FERNANDO VALLES FRANCO 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 y/o 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, a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado sin solución de continuidad y a actualizar su historia laboral, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 18 de abril de 1957, se afilió al ISS el 18 de septiembre de 1991, se trasladó del RPM al RAIS el 1° de mayo de 1997 a través de **PORVENIR**, afiliación que considera no fue precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad; que hasta febrero de 2020 cotizó 1.366 semanas y PORVENIR le informó que la mesada pensional estaría en un valor de \$1.350.466, motivos por los cuales el 2 de marzo de 2020 presentó escritos a las demandadas solicitando la nulidad del traslado (*pág. 2 a 16, archivo “07 SubsancionDda (fls 70 a 85)”, carpeta “101JuzgadoOrigen”*).

- **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 RPM y la petición presentada, 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 35, archivo “11001310501920200013200 CONTESTACION”, carpeta “101JuzgadoOrigen”, subcarpeta “11 CDContestaColp (fls 94”).

Mediante providencia del 24 de marzo de 2022, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (archivo “13 AutoContestaDda (fls 97)”, carpeta “101JuzgadoOrigen”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 52:45, archivo “16AudienciaArt80”)

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

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional realizado por CARLOS FERNANDO VALLES FRANCO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 04 de marzo de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo de 1997, a través de la AFP PORVENIR, por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, condenar a la entidad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses y gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. y sin reparo alguno todos los emolumentos

*mencionados en el numeral inmediatamente anterior para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejado los mencionados valores en la historia laboral de CARLOS FERNANDO VALLES FRANCO, con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES y no probadas los demás medios exceptivos teniendo en cuenta las resultas del proceso. **QUINTO:** CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. en favor del demandante y para tal efecto se tiene como agencias en derecho la suma de un SMLMV. **SEXTO:** De no ser apelada esta decisión por parte de COLPENSIONES se remitirá el expediente de forma inmediata al superior jerárquico para que se surta el grado jurisdiccional de consulta únicamente en favor de esta entidad.”*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPM al RAIS fue ineficaz por haberse producido sin información clara y suficiente al afiliado y si es viable el traslado de todos los haberes de la cuenta de ahorro individual del actor al RAIS.

Para resolver, la Juez indicó que conforme con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, es el fondo de pensiones quien debe garantizar, cuando exista un traslado de régimen pensiones, que el afiliado estuvo frente a una decisión informada, consciente y voluntaria al punto que hubiese podido conocer y verificar los riesgos que implicaba dicho acto, por lo que, luego de referirse al material probatorio aportado y recaudado, concluyó que la **AFP PORVENIR** no probó y no cumplió con el deber de información teniendo ella la carga de la prueba, motivo por el cual declaró la ineficacia del traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Para sustentar el recurso, afirmó que en este caso no se dan los requisitos para la declaratoria de una ineficacia, el demandante no demostró que la AFP codemandada lo hubiese inducido a error, pues firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación; que no se deben desconocer los requisitos legales del

contrato simplemente porque al demandante le es más factible la pensión en uno que en otro régimen; que el actor se encuentra incurso en la prohibición del literal 3 del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y al 1° de abril de 1994 no tenía 15 años cotizados al sistema. Sin embargo, que en caso de que se confirme la decisión, solicita se adicione la providencia en el sentido de que **COLPENSIONES** puede ejercer acciones judiciales contra **PORVENIR** en aras de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios con ocasión de recibir al accionante como afiliado y posteriormente tener que reconocer una pensión de vejez (*min. 52:45, archivo “16AudienciaArt80”*).

Igualmente, la apoderada de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a dicha entidad de todas las presentaciones. Para sustentar señaló que el traslado es eficaz y válido, no se acreditó la existencia de un vicio de consentimiento en el cambio de régimen pensional de la parte actora, no se alegó ni se demostró ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil y la reclamación se encuentra totalmente prescrita; que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales se alegó ni fueron demostrados en el proceso para declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional. No obstante, que en caso de que se confirme que el traslado no tuvo validez, solicita no se condene a devolver los gastos de administración pues estos se causan en ambos regímenes y no se puede desconocer que **PORVENIR** ha realizado la administración de los recursos de buena fe y se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**, además que para el año 1997 no existía la obligación de entregar cálculos o proyectos acerca de futuro pensional del actor pues este deber surgió a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014 (*min. 58:50, archivo “16AudienciaArt80”*).

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, reiterando los argumentos expuestos en la alzada y resaltando que las sumas adicionales a los aportes no se deben indexar por cuanto los rendimientos obtenidos por la gestión de PORVENIR S.A., superan los rendimientos que hubiera obtenido el actor en el RPM.

La apoderada de **COLPENSIONES** también solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos elevados en el recurso.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó confirmar el fallo de primera instancia en su integridad.

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 **CARLOS FERNANDO VALLES FRANCO** nació el 18 de abril de 1957 (pág. 13, archivo “04 AnexosDda (fls 18 a 68)”, parte “01Demanda”); **ii)** se afilió al ISS a partir del 18 de septiembre de 1991 (pág. 13, archivo “04 AnexosDda (fls 18 a 68)”, parte “01Demanda”); **iii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 04 de marzo de 1997, efectivo desde el 1° de mayo de 1998, donde sigue vinculado (Pág. 23 y 26 archivo “04AnexoEscritoContestaciónDdaPorvenir”).

- **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:

“(…)

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

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

(...)”

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

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

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

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

En aplicación a las reglas 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 no contestó la demanda oportunamente y de los documentos incorporados de oficio por el *a quo* 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 de forma 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 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, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco es viable compensar suma alguna de las que debe devolver el fondo privado a COLPENSIONES, con los rendimientos financieros generados con ocasión del manejo de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, pues los dineros que se reintegren al RPM deben ser actualizados a valor presente para financiar las futuras prestaciones económicas del afiliado.

Se advierte 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 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, la orden dada en la sentencia respecto de que de que COLPENSIONES deberá 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: 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, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2021-00623-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 03 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuada por **NHORA CRISTINA SIERRA MATIZ** y ordenó a la **AFP PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de esa afiliación, debidamente indexados, condenó a **COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (*min. 48:00, archivo “15Audiencia20221003”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

NHORA CRISTINA SIERRA MATIZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS**

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de **PORVENIR**, se condene a esa AFP a trasladar a **COLPENSIONES** los valores obtenidos en virtud de dicha vinculación como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado, para que las semanas cotizadas se contabilicen en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS el 31 de julio de 1991 y se trasladó del RPM al RAIS el 04 de abril de 2001 a través de **PORVENIR**, fondo de pensiones que no le informó ni la ilustró respecto de las implicaciones sobre sus derechos pensionales con el traslado de régimen pensional, sus ventajas y desventajas, por lo que mediante comunicación con radicado No. 2021_14249757 le solicitó a **COLPENSIONES** tener como ilegal, nulo o ineficaz, dicho traslado, petición que fue negada (*pág. 7 a 33, archivo “01DemandayAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

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 genérica (*pág. 2 a 32, archivo “06ContestaciónDemandaPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación de la demandante en el RPM, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, frente a los demás 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. 3 a 40, archivo “07ContestaciónDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 48:00, archivo “15Audiencia20221003”)

El 03 de octubre de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la señora NHORA CRISTINA SIERRA MATIZ al régimen de ahorro individual el 04 de marzo de 2.001, con fecha de efectividad el 1° de junio de 2.001 por intermedio de PORVENIR. En consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la COLPENSIONES. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante - aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguros previsionales, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante señora NHORA CRISTINA SIERRA MATIZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento en que se haga el traslado de estos aportes o al cumplir esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PORVENIR, según lo motivado. **QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la parte demandante. Líquidense por Secretaría, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a COLPENSIONES. **SEXTO: CONSÚLTESE** esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen pensional de la demandante del RPM al RAIS, y con base en ello establecer si era viable declarar la ineficacia por la falta de información y los efectos de dicha declaratoria respecto de los dineros recibidos por la AFP en virtud de la afiliación.

Para resolver, la Juez indicó que teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de demostrar a plenitud el deber de información al momento del traslado de régimen pensional la tiene el fondo de pensiones, siendo insuficiente para ello el formulario de afiliación, por lo que al aplicarse la regla probatoria concluyó que **PORVENIR** no entregó información clara, suficiente y oportuna a la demandante sobre rendimientos financieros, aportes voluntarios, cálculo de la pensión, la forma en que se distribuía el aporte, el derecho a retractarse, las modalidades de pensión y las características del RPM, motivo por el cual declaró la ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación solicitando se revoque parcialmente la sentencia y en su lugar se absuelva a dicha entidad de la indexación. Para sustentar el recurso afirmó que al ordenarse la devolución de los rendimientos financieros, frutos e intereses de los dineros que recibió la AFP, este rubro sería excluyente con la indexación que dispuso el despacho, trayendo a colación una sentencia de la SL del Tribunal Superior del Cundinamarca con radicado 25899310500220210071101, del 21 de junio de 2022, y sentencia del 25 de junio de 2022, radicación 76001310501220220023401, de la SL del Tribunal Superior de Cali donde dice que se concluyó que con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda (*min. 50:40, archivo “15Audiencia20221003”*).

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación solicitando se revoquen las condenas impartidas en contra de dicha entidad.

Afirmó que **COLPENSIONES** es un tercero que nada tuvo que ver en la afiliación, que la demandante para el momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición y no contaba siquiera con una expectativa legítima de pensión, por lo que no podía impedírsele ese traslado; que **PORVENIR** no podía darle la comparación sobre qué régimen le servía puesto que se desconocía los montos con los cuales iba a cotizar. Además, que la actora se encuentra en una prohibición legal establecida en la Ley 100 de 1993 para cambiar de régimen pensional, prohibición que permite garantizar la estabilidad financiera del sistema pensional, con lo cual, y a pesar de que la afiliada se encuentra en el RAIS desde el año 2001, se obliga **COLPENSIONES** a recibirla y en un futuro a reconocerle prestaciones pensionales.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia de prima instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso y adicionando aspectos que no fueron objeto de apelación.

Y finalmente, la apoderada de la 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 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 indexación, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NHORA CRISTINA SIERRA MATIZ** nació el 23 de marzo de 1965 (*pág. 57, archivo “01DemandayAnexos”*); **ii)** se afilió al ISS a partir del 31 de julio de 1991 (*pág. 63, archivo “01DemandayAnexos”*); **iii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 04 de abril de 2001, efectivo desde el 1º de junio de 2001, donde sigue vinculada (*Pág. 96, 99 y 100, archivo “07ContestaciónDemandaPorvenir”*).

- 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:

“(…)

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

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

(...)”

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, 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 el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle de forma general 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 por parte de **COLPENSIONES** 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, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM. Se aclara que para la procedencia de la ineficacia no se requiere que la afiliada tenga alguna expectativa legítima de pensión o sea beneficiaria del régimen de transición, pues es un tema ya decantando por la citada jurisprudencia.

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, 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, SL3188 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 los argumentos presentados por la recurrente **PORVENIR**, pues el precedente vertical, que es de obligatorio cumplimiento, ha reiterado de forma pacífica la obligatoriedad de devolver los conceptos referidos debidamente indexados, sin que sean aplicables decisiones diferentes a las emanadas del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará esta condena.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la orden de activar la afiliación de la DEMANDANTE en el RPM, en el sentido de que COLPENSIONES deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, condena que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 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 SL1500 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.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en 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.
(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.23-2022-00026-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS efectuado por la demandante **MARTHA LUCIA SOLANO ACOSTA** a la **AFP PORVENIR**, ordenó a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, sin descuento alguno, sumas debidamente indexadas, ordenó a COLPENSIONES a corregir y actualizar la información en la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (*min. 54:01, archivo “017AudienciaExp.11001310502320220002600-20220926_093146-...”*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

MARTHA LUCIA SOLANO ACOSTA presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a PORVENIR y a PROTECCIÓN, se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada, sin solución de continuidad, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 12 de mayo de 1965, realizó cotizaciones en el ISS desde el 1° de octubre de 1985, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al RAIS el 30 de septiembre de 1994 con HORIZONTE, sin que dicho fondo le diera una asesoría profesional completa, clara, suficiente y oportuna que le permitiera comprender las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen pensional; que se trasladó a DAVIVIR el 18 de julio de 1998 y a PORVENIR el 27 de julio de 2000, y no fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen, antes de que ella cumpliera 47 años de edad; y que el 29 de diciembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES tenerla como afiliada, petición que fue negada (*pág. 2 a 17, archivo “001Demanda”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, a la afiliación al ISS, la presentación de la reclamación administrativa 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (pág. 2 a 22, archivo “006ContestacionDemandaColpensiones”).

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 genérica (pág. 2 a 27, archivo “007ContestacionDemandaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relacionado con la edad de la demandante, 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. 3 a 25, archivo “008ContestacionDemandaProteccion”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 54:01, archivo “017AudienciaExp...”)

El 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o el traslado realizado por MARTHA LUCIA SOLANO ACOSTA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia lógica también sufre la misma consecuencia jurídica los traslados horizontales, esto es, el realizado a la AFP PROTECCIÓN y el retorno a PORVENIR, conforme a lo considerado. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante entre el 1° de septiembre de 1998 al 31 de agosto de 2000, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, siguiendo línea jurisprudencial sentencia SL2177 de 2022, se ordena la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago. Como parágrafo autorizamos a esta AFP como único descuento los dineros transferidos a la AFP PORVENIR, con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 1° septiembre de 2000. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los dineros que hubiere recibido con motivo de las dos vinculaciones que tuvo la demandante a dicho fondo, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, igualmente siguiendo la línea jurisprudencial sentencia SL2177 de 2022, se ordena la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago. Como parágrafo a esta AFP el único les autorizamos los dineros transferidos a la AFP PROTECCIÓN, con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 1° septiembre de 1998. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a MARTHA LUCIA SOLANO

*ACOSTA en el Régimen de Prima Media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen, igualmente corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la AFP PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. **SÉPTIMO:** Se ordena la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES”.*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar la forma en que se efectuó el traslado de régimen pensional realizado por la demandante, si era procedente declarar su ineficacia y la devolución de los dineros del RAIS al RPM.

Para resolver, el Juez indicó que conforme con el precedente jurisprudencial de la SL CSJ la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que se le dio al afiliado al momento del traslado le corresponde al fondo de pensiones y, en este caso, la AFP demandada no allegó suficiente material probatorio para acreditar que suministró toda la información relevante en el año 1994, la explicaciones debidas sobre las reales implicaciones del cambio de régimen pensional, información clara, precisa y suficiente para que el afiliado adoptara la decisión de traslado, sin que de los formularios de afiliación se pueda deducir dicha obligación, por lo que declaró la ineficacia de dicho traslado y, ante el regreso automático de la demandante al RPM, ordenó a las AFP devolver a COLPENSIONES todos los dineros recibidos con ocasión de la afiliación, junto con los rendimientos, sin descuento alguno.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia. Afirmó que el traslado realizado en el año 1994 es eficaz y válido, la demandante suscribió y leyó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación con la AFP HORIZONTE hoy Porvenir para el año 1994 y conforme al artículo 9 del Código Civil la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales se alegaron ni fueron demostrados en el procesos para declarar la ineficacia del

traslado del régimen pensional, y para la fecha en que se produjo el traslado de la demandante no existía la obligación de entregar cálculos y proyecciones acerca del futuro pensional pues esta surgió solo a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014, por lo que considera que no es viable imponerle cargas a su representada distintas a las previstas en las leyes existentes en el momento en que sucedió la afiliación, pues esto constituye una violación al debido proceso y la confianza legítima del fondo que representa ya que la afiliada era jurídicamente capaz y ese acto contenía un objeto y causa lícita.

Manifestó que no se puede condenar por devolución de gastos de administración pues también en el régimen de prima media se retiene un 3% de la cotización por dicho rubro y estos gastos no forman parte de la pensión de vejez, por lo son sujetos de prescripción, sin que proceda la devolución de las primas del seguro previsional, en consideración a que la compañía es un tercero de buena fe y cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; que de ordenarse su traslado, se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Solicitó que en caso de que se confirme el traslado se compensen estos conceptos con los rendimientos financieros que exceden de los mínimos establecidos en la ley y, además, que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada, al constituir una doble sanción (*min. 57:12, archivo “017AudienciaExp...”*).

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** en el escrito de alegatos, solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Y el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó negar las pretensiones de la demanda y no imponer costas al fondo público.

La parte demandante no presento 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 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) MARTHA LUCIA SOLANO ACOSTA** nació el 12 de mayo de 1965 (pág. 106, *archivo “001Demanda”*).; **ii)** se afilió al ISS a partir del 1° de octubre de 1985 (*pág. 107, archivo “001Demanda”*); **iii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 30 de septiembre de 1994, con efectividad a partir

del 1° de octubre del mismo año (pág. 74 y 78, archivo “007ContestacionDemandaPorvenir”); **iii)** realizó traslados horizontales en el RAIS, inicialmente a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 18 de julio de 1998, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1998 (pág. 41 y 43, archivo “008ContestacionDemandaProteccion”), y luego a **PORVENIR S.A.** el 27 de julio de 2000, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 2000, donde sigue vinculada (pág. 74 y 79, archivo “007ContestacionDemandaPorvenir”).

- 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:

“(…)

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

<i>asesoría y buen consejo</i>	<i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

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

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

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

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

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 HORIZONTE hoy **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 su afiliación se realizó por conducto de la oficina de talento humano en cada una de las compañías donde inició a laboral y que, por tal motivo en los traslados, tanto de régimen como horizontales en el RAIS, no participaron asesores de ningún fondo de pensiones, 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, 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 es viable compensar suma alguna de las que deben devolver los fondos privados a COLPENSIONES, con los rendimientos financieros generados con ocasión del manejo de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues los dineros que se reintegren al RPM deben ser actualizados a valor presente para financiar las futuras prestaciones económicas del afiliado.

Se advierte 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 y con cargos a sus propios recursos, 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, junto con su indexación, 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, conlleva a 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, 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 de régimen de prima media realizado por MARTHA LUCIA SOLANO ACOSTA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia lógica también sufre la misma consecuencia jurídica los traslados horizontales, esto es, el realizado a la AFP PROTECCIÓN y el retorno a PORVENIR, conforme a lo considerado..*”, 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.
(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24 2018 00248 01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 07 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** a emitir, expedir y pagar el bono pensional Tipo “A”, junto con los intereses moratorios del artículo 12 del Decreto 1748 de 1995, ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** a que, una vez sea transferido el valor del bono pensional con intereses, proceda a devolver al demandante los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, absolvió a **COLPENSIONES** de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (01:05:01 archivo “AUDIENCIA 07 DICIEMBRE DE 2021”)

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

JAIME ALFONSO GARZÓN GUZMÁN, presentó demanda ordinaria laboral contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** con el fin de que se ordene a las demandadas al reconocimiento, expedición y pago del bono pensional, intereses moratorios del artículo 12 del Decreto 1748 de 1995 y costas procesales.

Como fundamento factico indicó que trabajó en el sector público y privado, realizó aportes al ISS desde el 30 de agosto de 1979 al 30 de noviembre de 1994 cotizando un total de 245.71 semanas y se afilió a **PROTECCIÓN S.A.** el 24 de noviembre de 1994; que mediante Resolución No.0903792 del 03 de junio de 2008 la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión de jubilación en cuantía inicial de \$1.714.703 a partir del 28 de febrero de 2008, a su vez el 18 de septiembre de 2015 **PROTECCIÓN** le hizo devolución de saldos por valor de \$121.871.606 y le indicaron que quedaba pendiente el pago del bono pensional.

Señaló que el 02 de octubre de 2017 solicitó a **PROTECCIÓN S.A.** el pago del bono pensional, Fondo que en oficio del 23 de octubre de 2017 le informó que la Oficina de Bonos Pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** había negado el pago, y que al día siguiente recibió comunicación de dicho MINISTERIO donde le indicaron que no tenía derecho a ninguna prestación del RAIS por ser un afiliado exceptuado del Sistema General de Pensiones (*pág. 38 a 47, archivo “1. Ordinario Laboral”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la afiliación del demandante al RAIS, el reconocimiento pensional, la

reclamación administrativa y su respuesta, frente a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso las excepciones que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario, inexistencia de obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS hoy Colpensiones y no de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, prescripción y la innominada o genérica (*fl. 75 a 97, expediente físico*).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó los hechos relacionados con la afiliación del demandante al RAIS, el reconocimiento pensional por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá, el otorgamiento de la devolución de saldos y la reclamación administrativa, frente a los demás manifestó no constarle. En su defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la innominada o genérica (*fl. 120 a 126, expediente físico*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** fue vinculada mediante auto del 02 de abril de 2019 (*fl. 148 a 149, expediente físico*), y en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de los hechos manifestó no constarle ninguno. En su defensa, propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la innominada o genérica (*fl. 160 a 165, expediente físico*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:05:01, archivo “AUDIENCIA 07 DICIEMBRE DE 2021”*)

El 07 de diciembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para que en el término improrrogable de 30 días contados a partir de la solicitud elevada por parte de la AFP Protección S.A. proceda a la emisión, expedición y pago del bono pensional tipo A

al cual tiene derecho el señor Jaime Alfonso Garzón Guzmán con destino a la cuenta de ahorro individual del actor que posee en la AFP antes citada, ello por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. si aún no lo hubiere hecho para que en el término improrrogable de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia proceda a solicitar a quienes hayan sido empleadores del actor, a las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que pueda incidir el valor del bono tipo A del actor. **TERCERO: CONDENAR** al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a reconocer y pagar a favor del actor los intereses moratorios en los términos moratorios en los términos del artículo 12 del Decreto 1748 de 1995, los cuales deberán iniciarse a cancelar desde el último día del mes anterior a la fecha límite en que debió haberse pagado el bono sin intereses de mora y hasta cuando se haga el pago efectivo del mismo los cuales deberán ser consignados a la cuenta de ahorro individual que posee el actor en la AFP Protección S.A. **CUARTO:** Una vez cumplida la obligación impuesta al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se ordena a la AFP Protección S.A. a cancelar a favor del señor Jaime Alfonso Garzón Guzmán los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual junto con los intereses objeto de condena en un término improrrogable de 60 días posteriores al cumplimiento de la gestión ordenada al Ministerio demandado. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones elevadas por las demandadas. **SEXTO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de la providencia. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas incluidas las agencias en derecho a la demandada la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a favor del actor en la suma de \$3.000.000. **OCTAVO:** En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la Sala Labora del Tribunal Superior de Bogotá para surtir grado jurisdiccional de consulta a favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.”

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si era procedente ordenar el reconocimiento, expedición y pago del bono pensional a favor del actor y la procedencia de las demás pretensiones declarativas principales y subsidiarias elevadas en la demanda.

Para resolver indicó que la pensión de jubilación reconocida al demandante por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., era compatible con el eventual reconocimiento y pago del bono pensional dado que la pensión del Magisterio no se encuentra financiada con los aportes o tiempos de servicios cotizados al ISS hoy Colpensiones, por lo que concluyó que era procedente el reconocimiento y pago del referido bono.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** presentó recurso de apelación de manera parcial solicitando se revoque la condena por intereses moratorios en los términos del artículo 12 del Decreto 1748 de 1995. Para sustentar el recurso indicó que estos intereses son procedentes en los casos en que el bono pensional ya haya sido emitido y el emisor incumpla con su pago y en este caso el bono pensional que reclama el demandante no se encuentra en estado de emisión y por ende la Oficina de Bonos Pensionales no ha incumplido. Igualmente, solicitó se revoque la condena en costas teniendo en cuenta que desde la audiencia inicial el Ministerio manifestó ánimo conciliatorio (01:08:08 archivo “AUDIENCIA 07 DICIEMBRE DE 2021”).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del demandante en su escrito de alegatos solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** petitionó se revoque la condena por intereses moratorios y costas procesales y se modifique el término para la emisión y redención del bono pensional, aspecto último que no fue objeto de alzada.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** en su intervención ruega se revoque el numeral primero de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, 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 a la Doctora Martha Ximena Morales Yagüe, identificada con C.C. 1.026.274.245 y titular de la T.P. 248.715 del

C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos reiteró que **COLPENSIONES** carece de legitimación en la causa por pasiva.

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a 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 a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y si como consecuencia de ello la **AFP PROTECCIÓN S.A.** debe otorgar la devolución de saldos incluyendo el valor del referido bono, así mismo determinar si es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios contenidos en el artículo 12 del Decreto 1748 de 1995 y la condena en costas, 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) JAIME ALFONSO GARZÓN GUZMÁN** nació el 27 de febrero de 1953 (*pág. 4 a 5, archivo “Ordinario Laboral”*); **ii)** el demandante cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 30 de agosto de 1979 al 30 de noviembre de 1994 acreditando un total de 245.71 semanas (*pág. 4 a 5, archivo “Ordinario Laboral”*); **iii)** la Secretaria de Educación de Bogotá le reconoció al actor una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 0003792 de 2008 en cuantía de \$1.714.703, a partir del 28 de febrero de 2008, por haber laborado por más de 20 años como docente público (*pág. 9 a 11, archivo “Ordinario Laboral”*); **iv) PROTECCIÓN S.A.** mediante oficio del 17 de septiembre de 2015 le negó al afiliado la pensión vejez por no acreditar el capital necesario (*pág. 12 y 13, archivo “Ordinario Laboral”*) y le reconoció la devolución de saldos en la suma de \$121.871.606 el 18 de septiembre de 2015 (*pág. 14 archivo “Ordinario Laboral”*); **v) JAIME ALFONSO GARZÓN GUZMÁN** radicó petición ante **PROTECCIÓN S.A.** el 02 de octubre de 2017 solicitando el reconocimiento del bono pensional (*pág. 15 a 18 archivo “Ordinario Laboral”*), Fondo que le informó la negativa de pago por parte de la Oficina de Bonos Pensionales por encontrarse pensionado (*pág. 19 a 26 archivo “Ordinario Laboral”*).

- **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 advirtiéndole 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 a **JAIME ALFONSO GARZÓN GUZMÁN** le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá a través de la Resolución No. 0003792 del 03 de junio de 2008 en cuantía de \$1.714.703, a partir del 28 de febrero de 2008 (*pág. 9 a 11 archivo “Ordinario Laboral”*) y para el reconocimiento, liquidación y pago de la misma solo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados con entidades públicas cuando se desempeñó como docente. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados en el ISS hoy COLPENSIONES con empleadores privados desde el 30 de agosto de 1979 al 30 de noviembre de 1994 (*pág. 4 a 5 archivo “Ordinario Laboral”*).

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 actor con empleadores privados al ISS hoy COLPENSIONES y que al haberse trasladado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. se causa el derecho a dicha prestación, sin que ello comporte incompatibilidad alguna.

El demandante, conforme lo determinó **PROTECCIÓN S.A.** mediante oficio del 17 de septiembre de 2015 (*pág. 12 a 13 archivo “Ordinario Laboral”*), le negó la pensión vejez por no acreditar el capital necesario y le otorgó devolución de saldos por vejez, prestación que fue pagada el 18 de septiembre de 2015 por la suma de \$121.871.606 sin

que se haya tenido en cuenta el bono pensional (*pág. 12 a 13 archivo “Ordinario Laboral”*), es decir, que el demandante acreditó los requisitos establecidos en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la devolución de saldos, circunstancias que no se encuentran en discusión en la alzada.

Por todo lo anterior, **JAIME ALFONSO GARZÓN GUZMÁN** 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 al demandante la devolución de saldos incluyendo el valor del referido bono pensional, argumentos suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en dicho aspecto.

Sobre la condena por intereses moratorios se precisa que de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1748 de 1995, en concordancia con el inciso final del artículo 10 del Decreto 1299 de 19945, éstos se causan cuando el bono pensional no ha sido pagado en la fecha correspondiente por el emisor o el responsable de la cuota parte. En este asunto, el bono pensional no ha sido emitido por parte del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, así lo aceptó **PROTECCIÓN** en comunicación del 17 de septiembre de 2015 y, además, se ordenó por parte del *a quo* la revisión de toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono tipo “A” a favor del actor, lo que indica claramente que a la fecha no se tiene certeza del valor del mismo ni se encuentra en firme su liquidación, con lo cual, y a pesar de las obstáculos administrativas impuestos por el MINISTERIO, al desconocer la línea jurisprudencial del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria y al demorar la expedición del bono pensional, no se cumplen los presupuestos normativos para aplicar este tipo de interés, razón suficiente para revocar esta condena.

Finalmente, frente a la inconformidad por la condena en costas, dicha imposición, conforme al artículo 365 del CGP, es consecuencia

de que la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** haya sido vencida en el trámite de primera instancia, su actuación generó la interposición de la presente acción ordinaria y si bien hubo ánimo conciliatorio dicha circunstancia no la exonera de este pago, ya que el proceso continuó su curso y no se terminó de forma anticipada. En todo caso, se advierte que el monto fijado por el *a quo* solo es susceptible de controversia en la forma indicada por el numeral 5 del artículo 366 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: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, en cuanto impuso condena por intereses moratorios al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** para, en su lugar, ABSOLVER a dicha entidad de esta pretensión, 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.
(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26-2021-00209-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 08 de noviembre de 2022 del Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, actualizar su historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS** (39:13 archivo *"25GrabaciónAudienciaSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)"*).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 1 a 32 archivo *"01DemandaYAnexos"*).

NIDIA PINZÓN SORA solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, la devolución del saldo de su CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 10 de marzo de 1959, se afilió al extinto ISS desde el 1° de febrero de 1995, que en junio de 1999 se trasladó al RAIS mediante vinculación a **PORVENIR S.A.** y en septiembre de 2002 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 monto de su pensión en RAIS es inferior al que obtendría en el RPM, por lo cual solicitó su retorno al RPM pero **COLPENSIONES** negó la solicitud el 21 de mayo de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó que la **DEMANDANTE** es su afiliada. Indicó que su vinculación a la AFP fue libre, informada y cumple los requisitos legales vigentes a la fecha del acto, así mismo, los asesores le indicaron las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y explicaron el derecho al retracto, modalidades pensionales, cómo se causa la pensión en el RAIS, bono pensional y todas las particularidades del régimen de ahorro, tras lo cual decidió vincularse al fondo, sin efectuar proyección porque para entonces tal deber no estaba vigente y no se puede indicar que el RAIS defrauda sus afiliados, ya que fue creación legal declarada exequible en sentencias C-086 de 2002 y C-583 de 1996, por lo cual cubre los riesgos IVM pero con reglas y principios diferentes, así mismo, la afiliada ratificó su voluntad de permanecer al RAIS porque nunca expresó inconformidad con el mismo ni solicitó su retorno al RPM, sin que exista causa de nulidad o ineficacia de la vinculación efectuada conforme derecho. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación por falta de causa y objeto, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la actora de su afiliación a **COLFONDOS S.A.**, prescripción, compensación y pago, nadie puede ir contra sus propios actos y la genérica (Pág. 8 a 35 archivo “11ContestaciónDemanda”).

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 afiliada y fecha de traslado al RAIS. Indicó que brindó asesoría completa, con

información veraz y objetiva para tomar una decisión consciente, por lo cual sabía que en el RAIS la pensión depende del capital, que podía hacer aportes voluntarios, que tenía bono pensional y podía heredar su capital si no causaba la pensión, derecho de retracto, la devolución de saldos, los descuentos del aporte, la garantía de pensión mínima, excedentes de libre disposición, las modalidades pensionales y los aspectos que influyen en el valor de la mesada, en todo caso, la ley contiene todas las características de los regímenes pensionales y puede ser consultada en todo tiempo, de otra parte, con la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 16 de 2016 de la Superfinanciera nació el deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, los cuales no son retroactivos, razón por la cual no hay mérito para acceder a lo pretendido, más si no hubo queja contra la AFP, inconformidad contra el RAIS o petición de retorno al RPM cuando la edad lo permitía. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 30 archivo “12ContestaciónDemanda”).

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 retorno en 2020. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS pero hay constancia escrita de la libre e informada escogencia del régimen pensional, de otra parte, no se acreditó ni vicio del consentimiento ni falta de información y la permanencia en el RAIS se ratificó con el traslado de AFP, la ausencia de solicitud de retorno al RPM y la permisión de descuentos de aportes al régimen de ahorro individual por varios años, sin que a hoy pueda retornar al RPM por la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y obligación por falta de los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones (Pág. 3 a 11 archivo “13ContestaciónDemanda”).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (39:13 archivo
“25GrabaciónAudienciaSentenciaPrimeraInstancia(Virtual)”.**

El 08 de noviembre de 2022, el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante NIDIA PINZÓN SORA al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de abril de 1999, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la DEMANDANTE, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE que corresponda a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la DEMANDANTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y COLFONDOS, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000). (...)”.

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

Para resolver indicó que la H. CSJ sostiene que las AFP tienen el deber de información desde su creación para permitir una selección informada entre los regímenes pensionales y los efectos y riesgos de pertenecer al uno u otro, deber cuyo cumplimiento debe probar la AFP sin que baste la firma del formulario de afiliación, ya que éste prueba el consentimiento pero no que sea informado, más aún cuando la afiliado tenía régimen de transición, sin que en el caso bajo estudio haya prueba del cumplimiento diligente de tal deber y por ello declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos,

negó la pensión de vejez aunque no expresó tal decisión en la parte resolutive del fallo y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo por ser acorde a la jurisprudencial de la H CSJ sobre la falta del deber de información de la AFP y normatividad aplicable. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través de la doctora Valentina Gómez Trujillo, solicitó confirmar el fallo por ser ajustada a derecho, advirtiendo que la condena en su contra ya se cumplió porque trasladó a **COLFONDOS S.A.** Agotado el término, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** no presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NIDIA PINZÓN SORA** nació el 10 de marzo de 1959 (Pág. 69 archivo “01DemandaYAnexos”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 17 de febrero de 1987 al 31 de diciembre de 1998, cotizando 392,43 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_2192-20220221091903” carpeta “14ExpedienteAdministrativo”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a través de **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 23 de abril de 1999, efectivo a partir del 1º de junio de 1999 (Pág. 31 a 44 archivo “12ContestaciónDemanda” y archivo “15ContestacionPorvenir”); **iv)** la **DEMANDANTE** se traslado a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario de afiliación del 20 de septiembre de 2002, efectivo a partir del 1º de noviembre de 2002, AFP donde sigue vinculada (Pág. 36 archivo “11ContestaciónDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, actualizar su historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión ninguna parte interpuso recurso de apelación.

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

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

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

las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

“(…)

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

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

(...)”

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

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

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2173 de 2022, 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, las **AFP DEMANDADAS** brindará 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 acreditaron porque **PORVENIR S.A.** se limitó a aportar el formulario de afiliación, lo que ni siquiera hizo **COLFONDOS S.A.** y, en todo caso, la firma de éste por el afiliado no las exime de tal carga probatoria, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que el traslado fue libre e informado, porque la regla jurisprudencial de la H. CSJ señala que no bastan manifestaciones genéricas plasmadas en el formulario de afiliación para acreditar una libertad informada, de otra parte, no se configuró ninguna confesión porque el afiliado no reconoció haber sido debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS, ni que le explicaran el alcance y consecuencias de dicha decisión y si bien mencionó el término *rendimientos*, aclaró que nunca le explicaron las modalidades de pensión de dicho régimen, ni cómo se calcula la mesada y la incidencia de los beneficiarios en esta, ni le compararon el RPM y el RAIS, entre otras muchas otras falencias de asesoría (21:31 archivo “20GrabaciónAudienciaInicial(Virtual)”).

Si bien la **DEMANDANTE** es abogada, aclaró que es especialista en salud pública y derecho sanitario y que no conoce a fondo el Sistema General de Pensiones, en todo caso, eran las **AFP DEMANDADAS**, como entidades profesionales en el Sistema General de Pensiones, las

responsables de acreditar el deber de información para con sus afiliados, ya que son las AFP quienes ofrecen productos financieros pensionales y, en consecuencia, deben exponer con transparencia las características de ambos regímenes y explicar el riesgo que asume el afiliado al permanecer en uno u otro, para de ese modo permitir un consentimiento informado, pero en el caso bajo estudio no hay ninguna prueba que acredite tal asesoría al momento del traslado al RAIS.

Por las anteriores consideraciones, la Sala 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, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Tampoco se considerarán las suplicas de las **DEMANDADAS** de que la **DEMANDANTE**, de forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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, SL3188 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 y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará el alcance de la condena.

A su vez, la orden dada a **COLPENSIONES** de recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación en el RPM 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, SL2173 de 2022, SL2380 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 SL1500 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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con

ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

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 **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 **COLFONDOS S.A.** con cargo a sus propios recursos.

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.** 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 **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

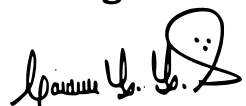
QUINTO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.26-2021-00216-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, efectuada por el demandante **JULIO CESAR VILLABONA** a **PORVENIR**, condenó a esa AFP a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenó a **COLPENSIONES** a aceptar dicha transferencia y a contabilizar el total de semanas cotizadas, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR** (*min. 48:41, archivo “19AudienciaInicialYSentenciaDePrimeraInstancia(Virtual)”*).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JULIO CESAR VILLABONA 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 y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, se declare como válida la afiliación al ISS, se traslade a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 07 de diciembre de 1958, se afilió al ISS el 11 de noviembre de 1983 y a **PORVENIR** desde abril del año 2000, sin que en esa última afiliación haya recibido asesoría profesional que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales; que conforme proyección entregada por **PORVENIR** la pensión de vejez a los 62 años sería de \$1.142.200 mientras que en el RPM obtendría una mesada de \$3.095.686; que solicitó a la AFP la anulación o ineficacia de la afiliación, la cual fue negada, y a su vez elevó reclamación en el mismo sentido a **COLPENSIONES** el 16 de marzo de 2020, sin que a la presentación de la demanda obtuviera respuesta (*pág. 1 a 14, archivo “01DemandaConAnexos”*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA.

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 genérica (*pág. 2 a 25, archivo “07ContestaciónDemanda”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y las semanas cotizadas en el RPM,

frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (pág. 3 a 13, archivo “11ContestaciónDemanda”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 48:41, archivo “19AudienciaInicialYSentencia...”)

El 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante JULIO CESAR VILLABONA al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del mes de febrero del año 2000, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **QUINTO: CONDENAR** en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si era procedente declarar ineficaz o anular el traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS y la viabilidad de retornar los aportes junto con los gastos de administración, seguros previsionales y demás dineros a **COLPENSIONES** para todos los efectos legales.

Para resolver, la Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ, la carga de la prueba de demostrar que el afiliado estuvo frente a una decisión informada, consciente y autónoma le correspondía a **PORVENIR**, por lo que luego de hacer mención al material probatorio concluyó que dicho fondo de pensiones no probó y no cumplió con el deber información de manera completa y oportuna.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** presentó recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a dicha entidad de todas las pretensiones.

Para sustentar el recurso señaló que la indexación de los valores que se ordenan trasladar es improcedente, teniendo en cuenta que una de las obligaciones de la AFP es garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que resulta incompatible dicha indexación pues los recursos de la cuenta del demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos. Que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración puesto que también en el RPM se destina el 3% de la cotización a financiar estos gastos, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción.

Manifestó que conforme a un concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020 y el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, frente a los traslados, las únicas sumas a devolver son los aportes y los rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima de seguros, por lo que se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES** (*min. 50:05, archivo “19AudienciaInicialYSentenciaDePrimeraInstancia(Virtual)”*).

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 la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada y adicionando aspectos que no fueron objeto de recurso.

Y finalmente, 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 se absuelva a su representada de toda condena, al considerar que no se configuraron los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y, en caso de concederse, este afectaría la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

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 **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la indexación y 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 **JULIO CESAR VILLABONA** nació el 07 de diciembre de 1958 (*pág. 22, archivo “01DemandaconAnexos”*); **ii)** se afilió al ISS a partir de noviembre de 1983 (*historia laboral, archivo “12ExpedienteAdministrativo”*); **iii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 25 de febrero de 2000, efectivo desde el 1° de abril de 2000, donde sigue vinculado (*Pág. 72 y 74 archivo “07ContestaciónDemanda”*).

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

Para resolver, es preciso establecer el marco normativo que regula la selección de régimen pensional, característica fundamental 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:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993,</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes</i>

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

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre 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 SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS la **AFP PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible al 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, el **DEMANDANTE** señaló en su interrogatorio que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicarle de forma 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 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, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que 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, 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, SL3188 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 los argumentos presentados por la recurrente. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará esta condena.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta, la orden dada en la sentencia respecto de que **COLPENSIONES** deberá recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, genera la reactivación de la afiliación en el RPM sin solución de continuidad, situación 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, SL2173 de 2022, SL2380 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 SL1500 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. Sobre los gastos de administración tampoco opera este medio exceptivo, por cuanto al hacer parte integral del aporte pensional y al retrotraerse la situación del demandante respecto del Sistema General de Pensiones a su estado inicial, con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado, este aporte debe retornar completo al RPM.

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 **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las

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

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

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.
(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.27-2021-00286-01

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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 06 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante **FRANCISCO JOSE CARREÑO SALDARRIAGA** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, ordenó a dicha AFP trasladar a **COLPENSIONES** todas los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y primas de seguros previsionales, declaró no probadas las excepciones e impuso costas a **PORVENIR** (*min. 51:00 archivo “16AudienciaArt70y80FALLO”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

FRANCISCO JOSE CARREÑO SALDARRIAGA 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 nulidad del traslado del régimen pensional que hizo del RPM al RAIS a través de PORVENIR, se condene a las AFP a anular la afiliación, a transferir a COLPENSIONES todas las suma de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual, junto con todos sus rendimientos y a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el día 23 de marzo de 1960, empezó a cotizar al ISS desde el 04 de junio de 1986, se trasladó en agosto 1995 a la AFP PORVENIR, quienes no le dieron una información adecuada, suficiente y cierta para el traslado, por lo que siente que fue inducido a error; que en el RAIS tendría una mesada pensional de \$5.784.000, mientras que en el RPM sería de \$10.769.369; que el 22 y 27 de abril de 2021 presentó reclamaciones ante las demandadas, las cuales fueron respondidas de forma negativa “*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. 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 genérica (*pág. 1 a 27, archivo “08ContestacionPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la edad del demandante, la cantidad de semanas cotizadas en el ISS, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, frente a los demás hechos señaló no constarle. Propuso las excepciones que denominó 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 41, archivo “09ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 51:00, archivo “16AudienciaArt70y80FALLO”)

El 06 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor FRANCISCO JOSÉ CARREÑO SALDARRIAGA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor FRANCISCO JOSÉ CARREÑO SALDARRIAGA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor FRANCISCO JOSÉ CARREÑO SALDARRIAGA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación formuladas por PORVENIR S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si resulta nulo el traslado de régimen pensional de RPM al RAIS que efectuó el demandante el 27 de julio 1995 y si como consecuencia le asiste el derecho a retornar al RPM, con el consecuente traslado de los aportes de su cuenta individual.

Para resolver, la Juez indicó que **PORVENIR** no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento de solicitar su traslado de régimen, pues no encontró en el plenario prueba alguna de que se la haya informado sobre los beneficios y las desventajas de trasladarse a dicho régimen, siendo insuficiente para esos propósitos el formulario de afiliación, por lo que coligió que el fondo vulneró los principios mínimos de transparencia que deber gobernar la movilidad de regímenes pensionales, motivo por el cual declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, ordenando a Porvenir devolver todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento alguno, y a **COLPENSIONES**, a reafilear al demandante en el RPM y recibir las cotizaciones provenientes de **PORVENIR**.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas. Afirmó que en el proceso no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante, así como la falta de información al momento de la asesoría; que en el formulario de afiliación se encuentra la manifestación expresa de que el demandante realizó el traslado libre de apremios y de forma voluntaria, por lo que considera que la afiliación al RAIS se realizó con el lleno de requisitos legales y el actor no manifestó su deseo de retractarse, no siendo viable su regreso automático al RPM (*min. 53:24, archivo “16AudienciaArt70y80FALLO”*).

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 se confirme en su integridad el fallo de primera instancia.

Por su parte, COLPENSIONES en sus alegatos pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso, adicionando lo relacionado con la

descapitalización del sistema pensional y la exoneración por costas procesales, pedimentos que no fueron objeto de apelación.

Y finalmente, el apoderado de principal de PORVENIR solicitó la confirmación de la sentencia del Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

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 **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 el demandante **FRANCISCO JOSE CARREÑO SALDARRIAGA: i)** nació el 23 de marzo de 1960 (*pág. 1, archivo “03Anexos”*).; **ii)** se afilió al ISS a partir del 03 de julio de 1987 (*pág. 387, archivo 09ContestacionColpensiones*); **iii)** y se

trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** el 27 de julio de 1995, efectivo desde el 1º de agosto de 1995 (*pág. 91, 94 y 95, archivo “08ContestacionPorvenir”*), donde sigue vinculado.

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

En armonía con lo anterior, el numeral 1º 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:

“(…)

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

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

(...)"

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

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

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

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

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

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 al **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, el **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, que obtendría una mejor pensión y en general solo los beneficios de pertenecer a dicho fondo, lo cual permite concluir que no hubo confesión alguna en favor de la **DEMANDADA**.

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 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, 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.

Como quiera que se confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se mantendrá la condena a costas, sin embargo, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada **COLPENSIONES** de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 CGP dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado y se declaró como válidamente afiliado al **DEMANDANTE** al RPM. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** pagar las costas del proceso.

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.
(En uso de permiso)


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28-2020-00389-02

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia del 08 de noviembre de 2022 del Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (50:56 archivo “26AudioAudiencia8Nov2022”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivos “01Demanda” y “05Subsanacion”).

MARÍA DEL PILAR MARTÍN MUÑOZ solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS y de AFP, la devolución del saldo de su CAIP sin descuento, reactivar su vinculación en el RPM, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 29 de julio de 1962, cotizó al extinto ISS 195,71 semanas del 14 de febrero de 1991 al 30 de junio de 1996, que en agosto de 1995 se trasladó al RAIS, sin que las AFP suministraran información clara y completa de las

características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Afirmó que su mesada en el RAIS sería inferior a la del RPM y que el 16 de octubre de 2019 reclamó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, petición que se rechazó.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones en su contra. No aceptó ningún hecho. Indicó que el 07 de diciembre de 2004, se vinculó la afiliada proveniente desde la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en todo caso, los promotores de la AFP dieron información suficiente, amplia y oportuna de las características de cada régimen pensional y los factores que inciden en la estructuración del derecho pensional, además el **DEMANDANTE** tuvo una asesoría previa por otra AFP, por lo cual no hay causal de nulidad, se cumplió el deber de información conforme la norma vigente al momento de la vinculación y no procede la inversión de la carga de la prueba, siendo inviable el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, **SKANDIA** no participó en la selección de régimen, la **DEMANDANTE** esta inhabilitada para el traslado de régimen por la edad y tiempo cotizado, ausencia de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, supuestos fácticos de este caso no son iguales o similares ni parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el **DEMANDANTE**, prescripción, buena fe y la genérica (Pág. 1 a 23 archivo “09ContestacionSkandia”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada y su vinculación al RPM. Afirmó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y entre AFP, no obstante, señaló que las vinculaciones cumplen los requisitos exigidos por la normatividad vigente a la fecha de afiliación. Interpuso las

excepciones de inexistencia de afectación extracontractual, perfeccionamiento con actos de relacionamiento, hecho de la víctima, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica (Pág. 1 a 15 archivo “10Contestacion”).

Por auto del 24 de agosto de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (archivo “13Señalaaudiencia”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (50:56 archivo “26AudioAudiencia8Nov2022”).

El 08 de noviembre de 2022, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA DEL PILAR MARTÍN MUÑOZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de noviembre de 1996, por intermedio de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO hoy PORVENIR S.A., en consecuencia declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida administrada hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA DEL PILAR MARTÍN MUÑOZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 51.683.898 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 probado los medios exceptivos propuestos por las demandadas Colpensiones y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. QUINTO: las COSTAS DE ESTA INSTANCIA están a cargo de las administradoras demandadas Colpensiones, Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Porvenir S.A. y Se señalan 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 consulta con el SUPERIOR, en tanto le resulto adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES. (...)”

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

Para resolver indicó que el derecho de selección de régimen parte del cumplimiento del deber de información y asesoría de la AFP para permitir un consentimiento informando, deber cuyo cumplimiento debe probar la AFP so pena de ineficacia del traslado, la cual declaró, pues no se demostró que las AFP hubieran explicado el alcance y consecuencias del traslado al RAIS ni comparado dicho régimen con el RPM, ya que las manifestaciones genéricas plasmadas en los formularios de afiliación no acreditan qué información se brindó, por tanto, accedió a las pretensiones y ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que la acción se adelantó solo con fines económicos y no se demostró la falta de información, obligación inexistente en la fecha del traslado, de otra parte, aseguró que el traslado al RAIS se ajusta a la Ley 100 de 1993 porque fue decisión libre de la afiliada, quien estuvo más de 20 años en dicho régimen sin nunca expresar su deseo de volver al RPM y en su lugar continuó afiliándose entre AFP, así mismo, el Decreto 2255 de 2010 establece el deber del afiliado de estar pendiente de su estatus pensional, pero aquí actuó de forma descuidadas, en todo caso, el retorno al RPM no es viable por la restricción de traslado por edad y dicha prohibición expresa impide cumplir el fallo, por último, solicitó revocar la condena a costas porque **COLPENSIONES** nada tuvo que ver en el negocio celebrado entre las AFP y la afiliada, siendo un asunto que sale de su resorte y el artículo 48 constitucional impide usar recursos de la seguridad social en otros fines, como lo sería pagar costas (53:12 archivo “26AudioAudiencia8Nov2022”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo al ser acorde a la jurisprudencia de la H. CSJ de ineficacia del traslado por falta del deber de información, asesoría y buen consejo de la AFP.

Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través del doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez, solicitó revocar el fallo porque el traslado al RAIS fue libre, voluntario y consciente, tal y como se indicó en el formulario de afiliación suscrito conforme ley, además la *a quo* hizo una apreciación errónea del deber de información y las normas vigentes no exigían la información en los términos señalados en el fallo, además no hay posición dominante de la AFP, quien no tenía el deber de buen consejo o asesoría a la fecha de los hechos, además la afiliada nunca solicitó su retorno al RPM cuando podía hacerlo y en su interrogatorio explicó características del RAIS, lo que demuestra que si recibió asesoría, sin que la misma se prueba probar solo documentalmente y la inconformidad económica no es causal de ineficacia del acto, en todo caso, no procede la devolución de gastos de administración. Agotado el término, la apoderada de **SKANDIA 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 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 con la AFP INVERTIR hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **MARÍA DEL PILAR MARTÍN MUÑOZ** nació el 29 de julio de 1962 (Pág. 1 archivo “02Anexos”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 14 de febrero de 1991 al 31 de diciembre de 1994, cotizando 119 semanas (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1977-20210505083908” carpeta “11ExpedienteAdministrativo”; *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP INVERTIR hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 29 de mayo de 1996, efectivo a partir del 1° de noviembre de 1996 (Pág. 53 y 60 archivo “15ContestacionPorvenir”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación del 07 de diciembre de 2004, efectivo a partir del 1° de febrero de 2005 (Pág. 38 archivo “09ContestacionSkandia”, Pág. 60 archivo “15ContestacionPorvenir”); *v)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 27 de febrero de 2007, efectivo a partir del 1° de abril de 2007, AFP donde sigue vinculada y acumula 1127,1 semanas a agosto de 2021 (Pág. 28, 54 y 60 archivo “15ContestacionPorvenir”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuento, actualizar la historia laboral en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso 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, es preciso establecer el marco normativo que regula la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

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

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

“(…)

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

“(…)”

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS y subsecuentes traslado de AFP, las **AFP DEMANDADAS** brindarán asesoría completa y comprensible al **DEMANDANTE** sobre 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 de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, siendo razonable inferir que las **AFP DEMANDADAS** no

demonstraron el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional ni con posterioridad.

De otra parte, la Sala rechaza la tesis de las **DEMANDADAS** de que el traslado fue libre, voluntario e informado, porque la regla jurisprudencial de la H. CSJ indica que no bastan las manifestaciones genéricas plasmadas en el formulario de afiliación para acreditar la libertad informada, de otra parte, si bien la **DEMANDANTE** mencionó en su interrogatorio conceptos como rentabilidad, devolución de saldos o pensión anticipada, también aclaró que no recibió asesoría de que la pensión en el RAIS dependía de su ahorro e inversión, aportes voluntarios, restricción de traslado por edad ni información sobre el RPM, por lo cual no se configuró ninguna confesión porque no hubo reconocimiento expreso del afiliado de que fue debidamente asesorado al momento del traslado al RAIS o que le explicaron el alcance y consecuencias de dicha 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 forma libre y voluntaria, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS, ya que actos como trasladarse de AFP, no ejercer el derecho de retracto ni solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si mismos no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen ni la aceptación del riesgo financiero asumido al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras providencias que descartan 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.

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 y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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, sin que haya lugar a absolver a **COLPENSIONES** de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 CGP dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultó derrotada pues se declaró la ineficacia del traslado y se declaró como válidamente afiliada a la **DEMANDANTE** al RPM. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** pagar las costas del proceso. Aclarando el magistrado ponente que recoge y rectifica su criterio en relación con la imposición de costas a COLPENSIONES en primera instancia en procesos relacionados con ineficacia de traslado de régimen pensional.

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

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 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.

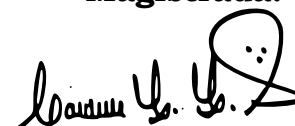
CUARTO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

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.

En Uso de Permiso
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN DECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.