



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2019-00671-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.** contra la sentencia del 09 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, ordenó reliquidar la pensión y al pago de las diferencias pensionales desde el 1° de agosto de 2016 y costas a cargo a del **DEMANDADO** (13:31 archivo “03. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671” carpeta “05. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 3 a 12 archivo “01. Expediente digitalizado 2019-00671” carpeta “01. Expediente hasta marzo de 2020”).

VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA solicitó condenar a la indexación de la pensión plena de jubilación a partir del 16 de abril de 2001, retroactivo por diferencias pensionales, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.** asumió las obligaciones de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con quien sostuvo una relación laboral del 1° de septiembre de 1973 al 30 de marzo de 1992 equivalente a 18 años y 08 meses, por lo cual se le reconoció pensión especial y proporcional de jubilación efectiva desde su retiro definitivo de la entidad el 1° de abril de 1992 en virtud de la Resolución 0665 del 09 de julio de 1992, modificada por la Resolución 0451 del 10 de mayo de 1993, por un valor inicial de \$116.440,02, equivalente al 62% del último salario promedio de los 6 meses de \$187.806,47. Afirmó que el 16 de abril de 2001 cumplió 50 años, fecha en la que se reajustó la pensión al 75% conforme la Resolución 1179 del 29 de mayo de 2001, sin reconocer la correspondiente indexación pese haber transcurrido 09 años y 01 día entre la fecha de retiro el 1° de abril de 1992 y la fecha de causación de la pensión plena el 16 de abril de 2001, por lo cual presentó reclamación administrativa el 04 de marzo de 2014, la cual rechazó la entidad.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo “02. CONTESTACION VICTOR MANUEL FANDIÑO PDF” carpeta “02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020”).**

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que asumió la carga prestacional de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en virtud del Decreto 1591 de 1989, el tiempo laborado por el **DEMANDANTE**, el reconocimiento de la pensión especial proporcional de jubilación y luego de la pensión plena correspondiente y que negó la solicitud de indexación de la primera mesada. Indicó que el Decreto Ley 895 del 03 de abril de 1991 modificado por el Decreto Ley 1851 del 27 de junio de 1991 consagró la pensión de jubilación proporcional tiempo de servicio a los trabajadores oficiales de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA que a la fecha de expedición de los decretos o durante el proceso de liquidación de la entidad tuvieron 15

o más años de servicios a la empresa, así como el derecho a la pensión plena de jubilación del 75% del salario promedio devengado en los últimos 06 meses de servicios a partir del cumplimiento de los 50 años por el trabajador oficial hombre o mujer, motivo por el cual al **DEMANDANTE** se le reconoció la pensión especial proporcional de jubilación con las Resoluciones 665 del 09 de julio de 1992 y 0451 del 10 de mayo de 1993 y de manera plena con la Resolución 1179 del 29 de mayo de 2001, la cual ya venía reajustada porque el derecho pensional ya había sido reconocido desde su pago proporcional. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (13:31 archivo “03. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671” carpeta “05. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671”).

El 09 de septiembre de 2021, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción. SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA la cual, para el año 2012 (Sic) debió ascender a la suma \$1.278.698,98. TERCERO: CONDENAR al encartado a pagar las diferencias por mesadas pensionales causadas a partir del 1°. de agosto de 2016. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS al DEMANDADO. Inclúyase en su liquidación la suma de \$500.000 por concepto de agencias en derecho. QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, esto es, en favor del fondo DEMANDADO. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la indexación de la primera mesada de la pensión plena de jubilación desde 2001 y demás pretensiones reclamadas.

Para resolver indicó que conforme la posición de la H. CSJ, toda pensión en la cual exista lapso de tiempo entre la finalización del vínculo y el cumplimiento del requisito de la edad genera la indexación del salario considerado para liquidar la prestación y en el caso bajo estudio trascurrieron 09 años desde la terminación del servicio y el

reconocimiento de la pensión plena de jubilación, por lo cual indexó el IBL a \$837.771,75, siendo el 75% \$628.328.81, cifra superior a la reconocida en el acto administrativo que otorgó la pensión plena por \$619.738,72, por lo cual condenó al pago del retroactivo desde el 1° de agosto de 2016 porque las diferencias entre mesadas anteriores están prescriptas ya que la demanda se radicó el 22 de agosto de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS** solicitó revocar el fallo. Alegó que la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció la pensión plena de jubilación desde la misma fecha que el **DEMANDANTE** cumplió 50 años, aclarando que el salario ya venía ajustado con ocasión del derecho pensional reconocido desde la fecha de retiro que era la pensión de jubilación, así las cosas, incluyó todos los factores salariales sin pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda porque pagó primero la pensión especial y luego la plena, en todo caso, la reliquidación prescribió según el artículo 151 CPTSS (15:16 archivo “03. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671” carpeta “05. Audiencia 09.09.2021 - 2019-00671”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDADA** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez de la condena de la **DEMANDADA** a indexar la primera mesada de la pensión plena de jubilación del **DEMANDANTE**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA** nació el 16 de abril de 1951 (Pág. 68 archivo “04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL” carpeta “02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020”); **ii)** la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con la Resolución 000665 del 09 de julio de 1992 reconoció al demandante **VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA** pensión especial de jubilación a partir del 1º de abril de 1992 en cuantía inicial de \$114.399,19 (Pág. 15 a 18 “01. Expediente digitalizado 2019-00671” carpeta “01. Expediente hasta marzo de 2020”); **iii)** a través de la Resolución 0451 del 10 de mayo de 1993, se modificó a \$116.440.02 el monto de la pensión especial de jubilación del **DEMANDANTE** (Pág. 15 a 16 archivo “04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL” carpeta “02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020”); **iv)** la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA – FPS** asumió el pasivo prestacional de la extinta

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en virtud del Decreto 1591 de 1989; **v)** a través de la Resolución 1179 del 29 de mayo de 2001, la **DEMANDADA** reconoció al **DEMANDANTE** la pensión plena de jubilación mediante la modificación de la Resolución 000665 del 09 de julio de 1992, en cuantía inicial de \$619.738,78 a partir del 16 de abril de 2001 (Pág. 36 a 37 archivo “04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL” carpeta “02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, ordenó reliquidar la pensión y al pago de las diferencias pensionales desde el 1º de agosto de 2016 y costas a cargo a del **DEMANDADO**. Contra la anterior decisión, la **DEMANDADA** presentó recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Sobre la indexación de la pensión proporcional de jubilación de los exfuncionarios de la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

El Decreto 1586 de 1989, ordenó liquidar a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Con ocasión de dicha liquidación, el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, consagró dos pensiones de jubilación a favor de los empleados oficiales de FERROCARRILES, a saber: **i)** una pensión de jubilación proporcional a favor de quien a la fecha de expedición del Decreto 895 de 1991 o durante el término de liquidación acredita 15 o más años de servicios en FERROCARRILES, sin consideración a su edad y cuya tasa de reemplazo depende el tiempo de servicio; **ii)** una pensión especial de jubilación a favor de quien prestó 15 o más años de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial, 10 de los

cuales por lo menos en FERROCARRILES, proyectados hasta el 17 de julio de 1992 y que tengan 45 o más años de edad.

Al respecto, la H. CSJ ha sostenido que los beneficios de la primera pensión consagrada en las normas antes descritas, esto es, quienes prestaron 15 o más años de servicios exclusivamente a FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y obtuvieron por ello la pensión proporcional de jubilación de forma proporcional y sin importar su edad, no tiene derecho a la indexación de la primera mesada de la pensión plena de jubilación del 75% del salario promedio devengado en los últimos 06 meses de servicio al cumplimiento de 50 años de edad sean hombres o mujeres, **porque ambas prestaciones corresponden a la misma pensión**, tal y como señaló en las sentencias SL Rad. 15281 del 22 de febrero de 2001, SL Rad. 31.238 del 19 de septiembre de 2007, SL Rad. 34.009 del 07 de octubre de 2008, SL Rad. 36.569 del 05 de agosto de 2009, SL Rad. 42.807 del 07 de noviembre de 2012 y SL2054 de 2022, providencias en las que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral indicó que la pensión proporcional de jubilación permitió, de manera excepcional y transitoria a una situación concreta (la liquidación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA), el acceso anticipado a la pensión de jubilación de forma proporcional, por lo que al cumplir 50 años solo se incrementa la tasa de reemplazo sin que ello implique que se trate de una prestación distinta, siendo procedente la indexación de la primera mesada única y exclusivamente a favor de quienes entre la fecha de retiro y el reconocimiento anticipado de dicha prestación soportaron una notoria solución de continuidad.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio y conforme los antecedentes normativos expuestos, no queda duda alguna de la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la **DEMANDADA**, por cuanto la pensión de jubilación reconocida al **DEMANDANTE** con ocasión de la liquidación de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA no fue

otra que la pensión proporcional de jubilación sin importar la edad por 15 o más años de servicios exclusivamente a dicha Empresa.

En efecto, revisados los elementos de prueba aportados al expediente, se advierte que la **DEMANDADA** reconoció expresamente que el **DEMANDANTE** prestó su servicio a la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA por 18 años, motivo por el cual dicha entidad le reconoció con la Resolución 000665 del 09 de julio de 1992 reconoció la pensión especial de jubilación a partir del 1º de abril de 1992 en cuantía inicial de \$114.399,19, cuantía inicial que se aumentó a \$116.440.02 a través de la Resolución 0451 del 10 de mayo de 1993, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, prestación proporcional reconocida con una tasa de reemplazo del 62% del salario promedio de los últimos 06 meses de servicio y que fue pagada sin importar la edad del **DEMANDANTE** (Pág. 15 a 18 “01. Expediente digitalizado 2019-00671” carpeta “01. Expediente hasta marzo de 2020”, Pág. 15 a 16 archivo “04. 08-02730 FANDIÑO GERENA VICTOR MANUEL” carpeta “02. Contestación demanda FPSFCC 01.07.2020”).

Así las cosas, el **DEMANDANTE**, quien nació el 16 de abril de 1951 y que para el 1º de abril de 1992 tenía apenas 40 años, disfrutó el acceso anticipado a la pensión de jubilación no obstante no contar con 50 años de edad, en virtud de la consagración excepcional de dicha prestación proporcional al tiempo laborado exclusivamente a favor de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, con el subsecuente derecho a que dicha prestación aumentará su tasa de reemplazo de 62% al 75% una vez cumpliera el beneficiario los 50 años, sin que tal incremento pudiera considerarse como una segunda prestación independiente a la reconocida en 1992, **porque ambas prestaciones corresponden a la misma pensión**, tal y como señaló la H. CSJ en las sentencias SL Rad. 15281 del 22 de febrero de 2001, SL Rad. 31.238 del 19 de septiembre de 2007, SL Rad. 34.009 del 07 de octubre de 2008, SL Rad. 36.569 del 05 de agosto de 2009, SL Rad. 42.807 del 07 de noviembre de 2012 y SL2054 de 2022.

En consecuencia, como quiera que la Resolución indica que el **DEMANDANTE** laboró para la extinta FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA hasta el 31 de marzo de 1992 y al día siguiente, 1° de abril de 1992, accedió a la pensión proporcional de jubilación, la cual es la misma prestación cuya tasa de reemplazo aumentó desde el 16 de abril de 2001 al 75% pasando a ser plena, no hay mérito alguno para indexar la primera mesada en 2001, por cuanto la pensión siempre ha sido la misma y entre la fecha de terminación del servicio y su reconocimiento no transcurrió ni un solo día.

Por las anteriores consideraciones, se revocará la sentencia de primera instancia y se declarará probada la excepción de cobro de lo no debido.

Costas de primera instancia a cargo del **DEMANDANTE** y deberá ser liquidadas por la *a quo*. Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de cobro de lo no debido, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo del demandante **VÍCTOR MANUEL FANDIÑO GERENA** y a favor de la demandada **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA S.A.**, las cuales deberán ser tasadas por la *a quo*. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.15-2021-00505-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 1° de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuada por el demandante JUAN FERNANDO FRANCO BERON al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN, ordenó a esa AFP trasladar a COLPENSIONES las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES a recibir los recursos y a reactivar la afiliación (*min. 01:13:25, archivo “17Audiencia01Julio2022Ord202100505”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

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

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

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

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, las semanas cotizadas en el RAIS y la presentación de la solicitud del traslado, frente a los demás hechos señaló no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la afp: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica (*pág. 1 a 24, archivo “11EscritoContestacionDemandaProteccionSA”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 01:13:25, archivo “17Audiencia01Julio2022Ord202100505”*)

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

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

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

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

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

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

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

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y solicitó revocar el fallo. Sin embargo, los argumentos expuestos son diametralmente opuestos a los esgrimidos en el recurso de apelación, por lo que al no ser invocados en sede de primera instancia se escapan del análisis que debe realizar la Sala, en virtud del principio de consonancia.

Las demás partes, no presentaron escrito de intervención.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VII. PROBLEMA JURÍDICO

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

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **JUAN FERNANDO FRANCO BERON** nació el 16 de febrero de 1955 (pág. 14, archivo “archivo “01EscritoDemanda”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al ISS a partir del 18 de abril de 1978 (historia laboral, carpeta “ 09AnexoCorreo20211215ExpAdministrativoCC-16585966”); **iii)** y el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 26 de febrero de 1999, efectivo desde el 1° de abril de 1999, donde

sigue vinculado (Pág. 63 y 65 archivo “11EscritoContestacionDemandaProteccionSA”).

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

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

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

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

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

transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

“(…)

<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, 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 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los</i>

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

(...)”

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

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de

expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

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

Se reitera que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL1942 de 2022, SL1786 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de la totalidad

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

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

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir los valores antes referidos, validarlos como semanas cotizadas y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL1783 de 2022, SL1786 de 2022, SL1942 de 2022, entre otras.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el demandante JUAN FERNANDO FRANCO BERON el día 26 de febrero de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del DEMANDANTE, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, por el tiempo en que*

el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. Igualmente, se ordena a COLPENSIONES a recibir los recursos, reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, sumándolos a las 720.57 semanas que tiene acreditadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

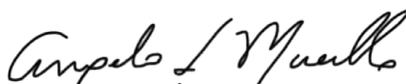
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN FERNANDO FRANCO BERON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2021 00505 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada