



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0213-2021

Radicado N° 09 2017 00217 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

KETIS MARGARITA ALTAMAR GARCIA, 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 del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de noviembre de 1966, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de octubre de 1991 y el 28 de febrero de 1995 y realizó cotizaciones a dicha entidad por 169.71 semanas, que en febrero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR), aduce que para el momento del traslado la AFP demandada no le brindó información pertinente, veraz y oportuna sobre el traslado de Régimen pensional y sobre las implicaciones del mismo. Agregó que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS. Dice que al realizar una proyección de la mesada pensional que le correspondería en cada uno de los regímenes, la del RPM le resultaría más favorable, aduce que el 16 de febrero de 2017 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y a la fecha la entidad no se ha pronunciado sobre tal solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa (fls. 96 a 106).

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe y prescripción (fls. 117 a 123).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante KETIS MARGARITA ALTAMAR GARCIA el 14 de febrero de 1995 del régimen de prima media administrador en ese entonces por el Instituto de seguros Sociales hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la señora KETIS MARGARITA ALTAMAR GARCIA, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades. A su vez, se ordenará a COLPENSIONES reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

CUARTO: COSTAS lo serán a cargo de PORVENIR S.A. Tásense por secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV, conforme a lo motivado. **QUINTO:** Remítase el presente asunto ante la sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del CPT y SS.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo estudio no se probó la existencia de vicio de nulidad alguno en el acto que suscribió la demandante y que por el contrario su afiliación al RAIS se dio de manera libre y voluntaria, que además la actora se encuentra incurso dentro de una prohibición legal que impide su regreso al RPM y por ello no es procedente ordenar la nulidad declarada en primera instancia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

El apoderado de la parte demandante por su parte, solicita que confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

El apoderado de PORVENIR S.A. no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 1° de noviembre de 1966 (fl. 2); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de octubre de 1991 y el 28 de febrero de 1995 por un total de 169.71 semanas (fl. 4); **iii)** que el 16 de febrero de 2017 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen pensional (fl. 21).

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

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

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

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

régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora KETIS MARGARITA ALTAMAR GARCIA se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) el 14 de febrero de 1995 (fl. 3), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente.

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

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

cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e

imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: KETIS MARGARITA ALTAMAR GARCIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2017 00217 01

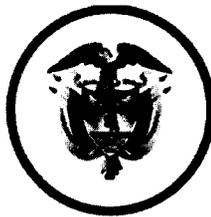
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-02202021

Radicado N° 12-2019-00080-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró válida la afiliación entre la demandante al RPM y condenó a la AFP a la devolución de los saldos, aportes y rendimientos de la CAIP y a **COLPENSIONES** a recibir dicha devolución y activar la afiliación de la actora, absolvió de las demás pretensiones y no condenó en costas (fl. 239 a 240, 33:18 cd fl, 238).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 204 a 223).**

ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA solicitó declarar que hubo conflicto de multifiliación en el Sistema General de Pensiones entre **COLPENSIONES** y **PORVENIR** y que la afiliación válida es a **COLPENSIONES**, en consecuencia, ordenar a la AFP devolver todos los valores recibidos sin lugar a descuentos por cuotas de administración y a **COLPENSIONES** a recibir los mismos y reactivar la afiliación y al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el

04 de diciembre de 2016; subsidiariamente solicitó declarar nulo el traslado del RPM al RAIS por error de hecho por indebida asesoría, en consecuencia, condenar a **PORVENIR S.A.** a devolver todas las sumas recibidas por la afiliación, frutos e intereses y a trasladar a la afiliada al RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 12 de diciembre de 1985 y cotizó 164,14 semanas; que laboró en la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL del 12 de agosto de 1991 al 15 de julio de 1994; que la promotora CLAUDIA RÍOS de **PORVENIR S.A.**, le ofreció su traslado del RPM al RAIS ofreciéndole rendimientos y advirtiéndole la posible eliminación del fondo público de pensiones, sin recibir una asesoría sobre sus condiciones de afiliación, elementos esenciales para el disfrute de la pensión y el monto de la mesada, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada y por la cual se trasladó el 12 de agosto de 1996, no obstante la AFP registró que la afiliación al RPM fue hasta el 30 de abril de 2005; posteriormente, retornó al ISS entre octubre de 2007 y agosto de 2014; sin embargo, su empleador Fiscalía General de la Nación en septiembre de 2014 resolvió un conflicto de multifiliación sin tener competencia para ello y devolvió el pago de los aportes a **PORVENIR S.A.**, decisión que el empleador comunicó a la demandante con oficio DSAFB-2009121 del 28 de agosto de 2014, frente lo cual manifestó su inconformidad. Aseguró que el 16 de abril de 2018, la AFP contestó su solicitud de copia del formulario de afiliación y simulación pensional, indicando que su mesada sería de \$781.242 si seguía cotizando hasta los 57 años y guardó silencio sobre el monto de la pensión en **COLPENSIONES**, advirtiéndole que su ahorro pensional le impide disfrutar de una pensión en el RAIS.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación al ISS. Indicó que la actora se vinculó al extinto ISS el 12 de diciembre de 1985 y cotizó 164,14 semanas y al 1° de

abril estaba afiliada al ISS y que no le constan los demás hechos, aseguró que la actora esta válidamente afiliada a la AFP y la actora no acredita ninguna causal de nulidad de dicho negocio jurídico y era plenamente autónoma y consciente para realizar el traslado de régimen pensional, lo cual hizo de forma libre, espontánea y sin presiones. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, con configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la genérica (fl. 60 a 67, 225 a 233).

Mediante auto del 19 de agosto de 2020 se tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fl. 237). No obstante, el *a quo* consideró válida la contestación de dicha AFP a la demanda original, en la cual se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de traslado al RAIS, que contestó derecho de petición y que la demandante es su afiliada. Indicó que la actora se afilió a la AFP el 12 de agosto de 1996, decisión voluntaria y consciente que estuvo precedida de una asesoría comparativa entre los dos regímenes pensionales y su funcionamiento y características, entre las cuales explicó la forma de liquidar la prestación y la garantía de pensión mínima del RAIS, así mismo, en abril de 2018 realizó proyección pensional, la cual no genera expectativa legítima de ninguna clase y advirtió que la demandante no ha presentado solicitud de reconocimiento pensional y aseguró que ha brindado acceso a la información sobre el RAIS al momento de la afiliación, en los anuncios de prensa y en las campañas de educación financiera que adelanta la AFP. Interpuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación demandada, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 118 a 125).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 239 a 240, 33:18 cd fl, 238).

El 21 de octubre de 2020, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: Reputar como válida actualmente la afiliación de la demandante ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, cumpliendo los presupuestos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994 y 2 del Decreto 3995 de 2008. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a la devolución de los saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA con destino a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a validar la afiliación de la señora ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás suplicas de la demanda, conforme al parte motiva de la presente decisión. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR y por COLPENSIONES. SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS en la instancia. SÉPTIMO: en caso de no ser apelado el presente fallo, sùrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. (...)”.

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si el traslado del RPM al RAIS es nulo o ineficaz y demás pretensiones subsecuentes y respecto la reforma de la demanda indicó que es determinar si hubo multiafiliación y en caso afirmativo establecer si la actora está afiliada válidamente al RPM.

Para resolver indicó que la demandante se trasladó entre AFP en dos oportunidades y en 2007 se trasladó a COLPENSIONES, movimientos que demuestran que la primera vinculación a la AFP si tuvo efectos, además concluyó que PORVENIR S.A. indujo en error a la demandante en la afiliación efectuada en 2005, por cuanto le generó la falta expectativa de que tenía un régimen de transición, no obstante dicha irregularidad, el *a quo* declaró que hubo multiafiliación porque a pesar de la restricción por edad la demandante se trasladó a

COLPENSIONES en septiembre de 2007, además la administradora pública recibió el pago de aportes, por tanto, lo correcto era resolver dicha situación mediante un Comité de Multiafiliación siguiendo el Decreto 3995 de 2007, pero tal Comité no fue convocado y como quiera que no se siguió dicho procedimiento declaró que la afiliación válida es al RPM porque fue el régimen que recibió más aportes en 2007.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Alegó que la afiliación a la AFP siempre ha sido válida y que la multiafiliación se resolvió manteniendo la afiliación al RAIS, además nunca se negó el derecho a la pensión a la demandante, ya que el Sistema de Pensiones no garantiza una cuantía sino la cobertura de una contingencia, siendo la decisión de afiliarse al RAIS libre y voluntaria y ratificada con los traslados entre AFP y luego de resuelta la multiafiliación ella siguió aportando a ese sistema porque su voluntad es pertenecer al mismo (35:03 cd fl, 238).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS porque su afiliación a **COLPENSIONES** de 2007 desvirtúa que las presuntas falencias de la asesoría dada por la AFP porque no se acabó el ISS y la actora conocía ambos regímenes, además para **COLPENSIONES** dicho retorno al RPM nunca fue válida y por eso devolvió los aportes a la AFP, sin que la demandante pueda alegar sentirse engañada; de forma subsidiaria solicitó que en caso de declarar nulo o ineficaz el traslado, se ordene a la AFP devolver los valores descontados por gastos de administración (37:33 cd fl, 238).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la

DEMANDANTE solicitó confirmar el fallo, por cuanto la decisión del *a quo* acoge al precedente jurisprudencial.

El apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se acreditó vicio del consentimiento, la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo aplica a actos atentatorios contra la libre elección y no a presuntas faltas de información, el formulario de afiliación suscrito es un documento público que se presume autentico y no fue tachado y debe ser considerado, garantizo el derecho de retracto y además aportó todas las pruebas a su alcance que acreditan que el actor ha permanecido por 22 años en el RAIS ratificando su elección de régimen y no se deben imponer cargas a la AFP no vigentes al momento del traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para fijar que valores se deben trasladar y no incluir la devolución de gastos de administración so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa, además dicho concepto prescribió. La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 C.S.J., quien solicitó revocar el fallo, por cuanto hay pruebas suficientes que acreditan que el traslado de régimen pensional fue libre y voluntario, que se suministró información clara y precisa, que no se acredita vicio del consentimiento y el demandante no desvirtuó la buena fe de la AFP y no se pueden imponer obligaciones al fondo que no estaban vigentes al momento del traslado y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera al desconocer la restricción de traslado por edad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de resolver la eventual multifiliación en que incurrió la demandante declarando como válida la afiliación realizada a **PORVENIR S.A.**, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: **i)** la demandante **ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA** nació el 04 de diciembre de 1959 (fl. 25, 35, 37 y 184); **ii)** la demandante se afilió al extinto ISS el 12 de diciembre de 1985 y cotizó 164,14 semanas (cd fl. 74); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 12 de agosto de 1996 (fl. 127), el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 1996 (fl. 129); **iiii)** la demandante se trasladó a la AFP SANTANDER el 06 de agosto de 2003, el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 2003 (fl. 129); **v)** la demandante se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 1° de marzo de 2005 (fl. 128), el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 2005 (fl. 129); **vi)** la demandante suscribió formulario de afiliación al extinto ISS el 07 de septiembre de 2007 (fl. 182) y su empleador FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN efectuó el pago de sus aportes a pensión a favor de la administradora pública de octubre de 2007 hasta agosto de 2014 (fl. 170 a 177), por cuanto mediante el oficio DSAFB-2-009121 del 28 de agosto de 2014, informó a la demandante que cruzó la información del pago con la base de

datos BDUVA y verificó que la afiliación vigente era con **PORVENIR S.A.** (fl. 180); *vi*) conforme la historia laboral de **PORVENIR S.A.**, la demandante es actualmente su afiliada y acumula 1305 semanas a junio de 2019 (fl. 190).

- **Múltiple Afiliación en el Sistema General de Pensiones.**

El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, indica que el Sistema General de Pensiones está integrado por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber, el régimen solidario de prima media con prestación definida - RPM y el régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS.

Por su parte, la redacción original del numeral e) del artículo 13 *ibídem*, indicaba que una vez realizada la selección inicial del régimen pensional, el afiliado solo podrá trasladarse de régimen una sola vez cada 3 años; sin embargo, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, modificó la norma, indicando que solo podrá realizarse el traslado de régimen una sola vez cada 5 años y que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, restricción que fue declarada exequible en la sentencia C-1024 de 2004.

A su vez, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.3.3 del Decreto 1833 de 2016, prohíbe la múltiple vinculación y señala que si el afiliado cambia de régimen o de administradora antes del término previsto, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales y las demás vinculaciones no son válidas.

Posteriormente, el Decreto 3995 de 2008 reguló los conflictos por multifiliación existentes al 31 de diciembre de 2007 al RPM y al RAIS, que se trasladaron sin observar las condiciones fijadas en la Ley 797 de 2003, tendrá como vinculación válida el último traslado efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en

múltiple afiliación y para definir ello, por única vez, se aplicarían las siguientes reglas:

1. Si el afiliado realizó cotizaciones efectivas entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entiende vinculado a la administradora que recibió el mayor número de cotizaciones, en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho lapso, se entiende vinculado a la administradora que recibió la última cotización efectiva, sin que para dichos efectos sean admisibles los pagos de cotizaciones efectuados luego del 16 de octubre de 2008.
2. Si el afiliado no realizó ninguna cotización o realizó el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

En la sentencia SL2177 de 2020, la H. CSJ reiteró las sentencias SL Rad. 46.106 del 04 de julio de 2012, SL8719 de 2014 y SL5533 de 2019 y analizó un traslado del RPM al RAIS realizado sin considerar la restricción de edad impuesta por la Ley 797 de 2003, concluyendo que al no ser válida la afiliación se generó un caso de multifiliación, por ende, declaró como única afiliación válida la efectuada dentro de los términos legales y, aplicando el artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, consideró que entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007 se realizaron aportes exclusivamente a **COLPENSIONES**, por lo cual declaró como afiliación válida la del RPM.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* resolvió la multifiliación de la demandante declarando como válida la afiliación de la demandante al RPM y condenó a la AFP a la devolución de los saldos, aportes y rendimientos de la CAIP y a **COLPENSIONES** a recibir dicha

devolución y activar la afiliación de la actora, absolvió de las demás pretensiones y no condenó en costas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que la afiliación a la AFP siempre fue válida y la multifiliación se resolvió manteniendo la vinculación al RAIS, sin que la AFP haya negado el reconocimiento de la pensión, siendo la afiliación al fondo libre y voluntaria y fue ratificada con los traslados de AFP y luego de resuelta la multifiliación la demandante siguió aportando al RAIS como exteriorización de su voluntad de permanecer al mismo.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que la demandante ratificó la voluntad de pertenecer al RAIS porque el hecho que se hubiera afiliado a **COLPENSIONES** en 2007 desvirtúa las falencias de la asesoría ya que tal decisión implica que conocía sobre ambos regímenes, adicionalmente, la Administradora devolvió dichos aportes a la AFP porque consideró que dicho retorno al RPM no fue válido, sin que la accionante pueda alegar que fue engañada. De otra parte, en caso de mantenerse la condena, solicitó ordenar a la AFP a devolver los valores descontados por gastos de administración.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, llamando la atención que si bien el *a quo* describió falencias en la asesoría que brindó la AFP a la demandante, lo cierto es que accedió a la pretensión principal y declaró que la demandante incurrió en multifiliación y resolvió la misma declarando como última afiliación válida la efectuada al RPM, motivo por el cual la parte resolutive de la sentencia no hace ninguna referencia a la pretensión subsidiaria de declarar ineficaz el traslado pensional.

La anterior circunstancia resulta relevante, por cuanto permite delimitar, en virtud del principio de congruencia y consonancia, la revisión en segunda instancia que realizará esta Corporación con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, al permitir delimitar el problema jurídico a la múltiple afiliación de la demandante, sin que pueda esta Sala analizar la posible ineficacia del traslado de régimen pensional por falta del deber de información, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento judicial, lo cual no fue apelado por la parte demandante, quien guardó silencio.

Así las cosas, en el presente asunto el *a quo* declaró que hubo multiafiliación y que esta no fue resuelta mediante Comité conforme el Decreto 3995 de 2008, por lo cual declaró que la única afiliación válida fue al RPM porque fue el régimen pensional que recibió más aportes en 2007.

Conforme los antecedentes normativos expuestos, la múltiple afiliación en el Sistema General de Pensiones esta prohibida por el artículo 12 y el numeral e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 compilado en el artículo 2.2.2.3.3 del Decreto 1833 de 2016.

Es así como el Decreto 3995 de 2008, reguló el trámite para resolver los casos de multiafiliación existentes al 31 de diciembre de 2007 entre el RPM y el RAIS, indicando que será considerada como vinculación válida el último traslado efectuado cumpliendo los términos legales y que para definir ello, por única vez, se aplicarían las siguientes reglas:

1. Si el afiliado realizó cotizaciones efectivas entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entiende vinculado a la administradora que recibió el mayor número de cotizaciones, en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho lapso, se entiende vinculado a la administradora que recibió la última cotización efectiva, sin que para dichos

efectos sean admisibles los pagos de cotizaciones efectuados luego del 16 de octubre de 2008.

2. Si el afiliado no realizó ninguna cotización o realizó el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

En el caso bajo estudio, se observa que la demandante **ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA** nació el 04 de diciembre de 1959 (fl. 25, 35, 37 y 184), por tanto, conforme el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 implica que podía válidamente realizar el traslado de régimen pensional hasta los 47 años, edad que cumplió el 04 de diciembre de 2006.

No obstante lo anterior, en el expediente esta plenamente acreditado que la demandante, después de que se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 12 de agosto de 1996 (fl. 127), procedió a suscribir formulario de afiliación al extinto ISS el 07 de septiembre de 2007 (fl. 182), fecha en la cual ya estaba incurso en la restricción por edad.

Como quiera que la demandante cambió de régimen pensional restándole menos de 10 años para cumplir la edad pensional, incurrió en múltiple afiliación conforme el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 compilado en el artículo 2.2.2.3.3 del Decreto 1833 de 2016, por tanto, solo es válida la última afiliación efectuada dentro del término legal y las demás vinculaciones no son válidas.

La anterior norma debe ser interpretada aplicando lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 3995 de 2008 para solucionar los casos de multiafiliación existentes al 31 de diciembre de 2007, tal y como ocurre

en el caso de la aquí demandante, quien desde el 07 de septiembre de 2007 se afilió de forma ilegal al extinto ISS (fl. 182).

La precitada norma indica que si el afiliado realizó cotizaciones efectivas entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, el afiliado se entenderá vinculado a la administradora que recibió el mayor número de cotizaciones. En el caso de la demandante, está acreditado que su empleador FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN pagó sus aportes a pensión a favor del ISS desde octubre de 2007 hasta agosto de 2014 (fl. 170 a 177), por tanto, para el año 2007, el RPM recibió el pago de aportes por 3 meses (octubre, noviembre y diciembre), mientras que en el RAIS fueron cotizados los otros 3 meses de dicha anualidad considerados por la norma (julio, agosto y septiembre).

En consecuencia, en el RPM y en el RAIS fueron cotizado igual cantidad de meses, a saber, tres meses, motivo por el cual es necesario acudir a la segunda subregla consagrada en el artículo 2° del Decreto 3595 de 2008, a saber, que si el afiliado no realizó ninguna cotización o realizó el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Como quiera que la multiafiliación se originó con la vinculación al extinto ISS efectuada el 07 de septiembre de 2007 (fl. 182), la última afiliación válida efectuada antes de la situación de múltiple vinculación fue agosto de 2007, la cual fue cancelada al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, por ende, procede declarar que la última afiliación válida fue la realizada al RAIS.

Así las cosas, el *a quo* incurrió en error al considerar como última afiliación válida antes de la multiafiliación la realizada al RPM, sin que sea de recibo por esta Sala que deba declararse válida la vinculación al RPM por el hecho de que la solución de la múltiple vinculación no siguió el término señalado en el artículo 10 del Decreto 3595 de 2008,

por cuando dicha norma consagra el plazo para resolver masivamente las situaciones de múltiple vinculación, siendo que en el presente asunto **COLPENSIONES** realizó el traslado de todos los aportes que recibió a nombre de la demandante porque siempre consideró que aquella estaba vinculada al RAIS, tal y como se observa en su historia laboral (cd fl. 74), por tanto, es razonable concluir que siguió el procedimiento establecido en el artículo 5° del Decreto 3595 de 2008 para el caso de cotizaciones erróneas.

Por las anteriores consideraciones, como quiera que las reglas del Decreto 3595 de 2008 permiten declarar que la última afiliación validada fue la realizada al RAIS, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y absolverá a las demandadas, reiterando que no es viable para esta Corporación realizar pronunciamiento alguno sobre la pretensión subsidiaria de ineficacia del traslado, la cual no fue incluida en la parte resolutive de la sentencia ni en los subsecuentes recursos de apelación interpuestos por las demandadas, frente lo cual la parte demandante guardó silencio, menos aún cuando se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, lo cual impide hacer mas gravosa la situación de la parte en favor de quien se surte dichos grado de jurisdicción.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante y deberán ser tasadas por el *a quo*, sin costas en esta instancia y en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de todas las pretensiones elevadas en su contra por la demandante **ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA**, conforme la parte motiva de esta sentencia.

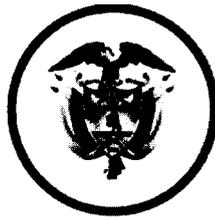
TERCERO: COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante **ANA ELVIRA GUZMÁN VELANDIA** y deberán ser tasadas por el *a quo*. **SIN COSTAS** en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0214-2021

Radicado N° 12 2019 00202 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2020 en el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada a reconocer y pagar una pensión restringida de jubilación.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE ANTONIO VARGAS DIAZ presentó demanda ordinaria laboral contra del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, con el fin de que se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 19 de febrero de 2016, debidamente indexada y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 19 de febrero de 1956, que laboró al servicio de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA del 18 de julio de 1977 al 30 de junio de 1992, que inicialmente prestó servicios como oficinista remplazador, que posteriormente se desempeñó como oficial V, que siempre tuvo la condición de trabajador oficial, que al momento de retiro la cesantía definitiva se le liquidó con un salario promedio de \$245.276,69, que además le pagaron una indemnización por la supresión legal del cargo que fue liquidada con un salario promedio de \$277.734,52, que la última asignación básica que recibió fue de \$194.917, que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión sanción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la edad y la vinculación laboral del actor con Ferrocarriles Nacionales de Colombia; frente a los demás manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de prescripción, falta de título o causa para demandar y cosa juzgada (fls. 93 a 99).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2020, condenó a la entidad demandada al pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 19 de febrero de 2016. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al reconocimiento y pago de la pensión sanción a favor del señor JOSE ANTONIO VARGAS DIAZ en un valor inicial para el año 2016 de \$1.258.850,76 a partir del 19 de febrero de 2016. **SEGUNDO:** CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE

*FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a pagar el retroactivo pensional a partir de dicha calenda, con sus respectivos reajustes hasta el momento de la efectiva inclusión en nómina, la cual será compartida con la pensión de vejez que pudiese llegar a reconocer o que haya reconocido COLPENSIONES, quedando a cargo del FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA únicamente el pago del mayor valor entre un mesada y otra si a ello hubiere lugar, junto con los incrementos legales y mesadas adicionales de junio y diciembre indexando las sumas adeudadas al momento de su pago, conforme a lo expuesto en esta providencia. **TERCERO:** ABSOLVER al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de las demás súplicas incoadas en su contra. **CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. **QUINTO:** CONDENAR en costas al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y a favor del demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.800.000. **SEXTO:** En caso de no ser apelado el presente fallo, sùrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si operó la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada y en dado caso definir si el demandante cumple con los requisitos previstos en la Ley 171 de 1961 para ordenar el reconocimiento de la pensión que reclama. Para resolverlo indicó que en el caso bajo estudio no se configura la excepción de cosa juzgada en cuanto en el proceso tramitado en el Tribunal Administrativo de Casanare, el actor no solicitó ni se estudió el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961 y por ello no existe identidad de objeto. Sobre el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, advirtió que no existe controversia que el actor tenía la condición de trabajador oficial y que cumplió los requisitos definidos en la citada norma, que acreditó más de 14 años de servicio a Ferrocarriles Nacionales de Colombia y por ello le corresponde una tasa de remplazo del 56.12% y definió que el salario promedio a indexar corresponde a \$194.917.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** pide que se modifique el numeral primero de la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que se debe tomar como salario promedio del último año de servicios la suma de \$245.276,69, con la cual Ferrocarriles Nacionales liquidó la cesantía final del actor o el salario básico de \$194.917 sumando los factores salariales legales y extralegales que el demandante devengó en el último año de servicios y en consecuencia definir una mesada pensional superior a la que tasó el juez de primera instancia¹.

Por su parte la apoderada de la parte **DEMANDADA** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el juez no realizó una interpretación correcta de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Casanare y por el Consejo de Estado, pues dichas Corporaciones definieron de manera clara que el actor no tenía derecho a una pensión de tipo convencional, ni sanción, por lo que debe declararse probada la excepción de cosa juzgada. Agregó que de todas formas debe tenerse en cuenta que el retiro del demandante ocurrió por una causa legal, como lo fue la supresión del cargo que desempeñaba y por ello al no acreditarse que

¹ "Con todo respeto me permito interponer recurso de apelación, para que el honorable Tribunal del Distrito judicial se sirva modificar el numeral primero de la sentencia que aquí impugno para que la pensión sanción a que su despacho dictó la condena sea modificada en el entendido en que se tome como un salario promedio de liquidación la suma de \$245.276.69 con el cual se le liquidó la cesantía definitiva al demandante o se le tome la remuneración que tomo en cuenta su despacho de \$194.917 era una asignación básica a la cual, de acuerdo al artículo 1° de la Ley 62 se le debe adicionar los demás factores salariales legales y extralegales a que tiene derecho mi mandante y para ello arrojaría una cifra similar o mayor a la cual con la cual al demandante se le liquidaron sus cesantías, lo cual tiene como efecto jurídico también que se le incremente o que se le produzca un aumento en la condena que aquí se despachó condena de su mesada de pensión debidamente indexada, a partir del 19 de febrero del año 2016, considero que estoy de acuerdo con todos los supuestos fácticos y consideraciones que esgrimió su despacho, la única consideración que realmente no estoy de acuerdo es cuando su señoría fijó el último salario de liquidación, por lo cual considero el honorable Tribunal Superior se sirva examinar todos los gananciales que mi mandante devengó en el último año de servicios para darla aplicación al artículo 1° de la 61 de 1985 y establecer así la base salarial con la cual mi mandante se le debe liquidar su pensión restringida de jubilación, a partir del 19 de febrero de 2016, teniendo en cuenta que su asignación básica justo a su retiro fue de \$194.917 a la cual reitero se le debe adicionar o sumar los demás factores salariales que devengó entre el 30 de junio de 1991 y el 30 de junio de 1992, luego así sustentó mi recurso de apelación señor juez"

el retiro fue sin justa tampoco procedería el reconocimiento de la prestación ordenada en primera instancia².

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPT y SS, procede a resolver los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de la entidad demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si operó la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada y en dado caso establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961. De accederse a esta pretensión, revisar la cuantía de la misma.

² "Gracias señoría me permito presentar el recurso de alzada frente a la decisión en los siguientes términos, en primer lugar en lo que respecta a la interpretación por el Tribunal Administrativo de Casanare y el Consejo de Estado, lo que se estableció en esos fallos en ese momento en que al accionante al señor José Antonio Vargas, los dos fallos se encuentran orientados o establecen que al señor José Antonio Vargas Díaz no le asiste derecho a ninguna pensión ni de tipo convencional ni de tipo pensión sanción como la que se está reconociendo en este momento, entonces tal vez considero que no hubo una interpretación muy apropiada a los fallos citados, y respecto al despido sin justa causa como usted indicaba en muchas oportunidades su señoría en los procesos que son iniciados en contra del Fondo el despido no se debe entender como injustificado pues dio como consecuencia directa de un mandato legal, como la liquidación de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, por lo tanto como consecuencia directa de la liquidación se da de forma inmediata la supresión de los cargos que ostentaban los trabajadores ferroviarios, por tanto no se entendería que es injustificado sino se entiende que es legal y justificado, gracias"

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el demandante nació el 19 de febrero de 1956 (fl. 88); *ii)* que laboró al servicio del extinto FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA mediante contrato de trabajo desde el 18 de julio de 1977 hasta el 28 de diciembre de 1988 y desde el 29 de diciembre de 1988 hasta el 1° de julio de 1992 mediante una relación legal y reglamentaria (fls. 11, 12, 35 a 37); *iii)* y que el vínculo finalizó por supresión del cargo que ocupaba el actor (fl. 36).

- **Sobre la Excepción de Cosa Juzgada.**

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

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y una vez revisado el expediente, la Sala concluye que en el presente asunto operó la excepción de cosa juzgada, pues el proceso tramitado en la Jurisdicción Contencioso Administrativa bajo el radicado N° 1999-5452 que finalizó con la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare el 7 de octubre de 2004 (CD. 1, carpeta expediente administrativo, PDF fl. 99), resolvió la controversia relacionada con el reconocimiento de la pensión establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que reclama en este proceso el actor.

En efecto, de la revisión de la demanda que dio origen a esta controversia y la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, se advierte la identidad de objeto, causa y partes entre

este proceso y el tramitado en el tribunal referido. Dentro del trámite del proceso que estudió el Tribunal Administrativo de Casanare se resolvió la pretensión subsidiaria planteada por la parte demandante en los siguientes términos:

“Como pretensión subsidiaria, y teniendo en cuenta que JOSE ANTONIO VARGAS DIAZ laboró para los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por más de diez (10) años, en forma ininterrumpida mediante contrato de trabajo, por ende en categoría de trabajador oficial, se condene a la demandada a reconocer y pagar en favor de mi mandante la PENSION SANCION establecida por el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 8°, parágrafo de la Ley 171 de 1961” (Pdf. Fl. 55).

Para resolver este aspecto de la controversia el Tribunal Administrativo de Casanare consideró:

“Por último, respecto de la petición subsidiaria, tendiente al reconocimiento de la pensión sanción establecida en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 y en el parágrafo del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del supuesto de que el demandante laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia por más de diez (10) años en forma ininterrumpida mediante contrato de trabajo y en categoría de trabajador oficial, cabe señalar que tal petición no tiene vocación de prosperar por cuanto como quedó ya dilucidado, el vínculo laboral que ostentaba el demandante al momento de su retiro era de empleado público”.

De los textos referidos, resulta claro para la Sala que el Tribunal Administrativo de Casanare zanjó la controversia relacionada con el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que se reclama en este proceso y por ello es dable concluir que operó la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada.

Así las cosas, no procedía realizar el estudio de la prestación reclamada en cuanto ésta ya había sido negada con anterioridad por la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por ello se revocará la sentencia de primera instancia que ordenó el reconocimiento de la pensión y en su lugar se declarara probada la excepción de cosa juzgada y absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0317-2021
Radicado N° 12-2019-00317-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **LUZ AURORA MILLÁN ALONSO** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, ordenó el traslado de los ahorros y rendimiento de la CAIP, que la demandante tiene régimen de transición y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde 2013 en cuantía inicial de \$1.322.087,12 y ordenó el pago del retroactivo desde el 07 de mayo de 2016 y autorizó la deducción de aportes a salud, absolvió de las demás pretensiones y no condenó en costas (fl. 179 a 180, 23:02 cd fl. 178).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 1 a 26).**

LUZ AURORA MILLÁN ALONSO solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS a través de **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, ordenar el traslado de los saldos de la CAIP sin

descuento alguno y que **COLPENSIONES** reconozca y pague su pensión de vejez desde el 15 de mayo de 2013 conforme el Decreto 758 de 1990 y a la AFP a pagar la indemnización de los artículos 2341 y 2342 CC, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de mayo de 1958 y que el 15 de mayo de 2013 cumplió 55 años; que se afilió al extinto ISS el 07 de mayo de 1977 y al 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años y más de 700 semanas cotizadas; que se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 1ª de septiembre de 1999, sin que dicha AFP le 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 abril de 2019, la AFP realizó proyección pensional indicando que su pensión en el RAIS sería de \$828.116 a los 60 años, por lo cual solicitó un cálculo de su pensión en el RPM a los 55 años y se determinó que sería de \$1.294.859, por tanto, el 06 de noviembre de 2018 solicitó la nulidad del traslado a la AFP y ésta rechazó la petición, por tanto, el 06 de noviembre de 2018 solicitó la anulación del traslado a **COLPENSIONES**, quien ese mismo día negó la solicitud.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su afiliación al ISS y traslado al RAIS y que negó la solicitud de 2018. Indicó que la demandante tenía plena autonomía para cambiarse de régimen pensional, siendo consciente de la decisión que adoptó de forma libre y espontánea, sin que la promotora del litigio acredite vicio del consentimiento u otra causal de nulidad y, de haber existido, la saneó el tiempo, además no retornó al RPM durante el periodo en que ello era posible y no puede desconocer la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fl. 102 a 108).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, la fecha del traslado al RAIS y que negó su solicitud de 2018. Indicó que le brindó la asesoría suficiente y necesaria a la demandante para que tomará la decisión informada, libre y voluntaria de trasladarse al RAIS y solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015 se impuso el deber de asesoría, buen consejo y explicación de las consecuencias del traslado de régimen. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 136 a 153).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. fl. 179 a 180, 23:02 cd fl. 178).

El 04 de febrero de 2021, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación de la demandante LUZ AURORA MILLÁN ALONSO, realizada el día 15 de julio de 1999 formulario No. 01212304 folio 154, con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimiento que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante LUZ AURORA MILLÁN ALONSO con destino a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante LUZ AURORA MILLÁN ALONSO y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral anterior, siendo beneficiaria del régimen de transición. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la señora LUZ AURORA MILLÁN ALONSO, en cuantía inicial para el año 2013 de \$1.322.087,72, por las razones anotadas en la parte motiva de la presente decisión. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES el pago del retroactivo pensional a partir de 07 de mayo de 2016, en cuantía para el año 2016 de la mesada pensional de \$1.491.644, con sus correspondientes ajustes, autorizando a COLPENSIONES hacer la deducción respectiva para el pago de los aportes en salud. SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES y PROVENIR de las demás suplicas de la demanda. SÉPTIMO:

DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, salvo la de prescripción propuesta por **COLPENSIONES** en relación con mesadas pensionales causadas con anterioridad al 07 de mayo de 2016. **OCTAVO: SIN CONDENAR** en costas en la instancia. **NOVENO:** en caso de no ser apelada la presente sentencia, súrtase el grado jurisdiccional de **CONSULTA** para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. (...).”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si la afiliación al RAIS de la demandante es ineficaz; si procedía condenar a **PORVENIR** a la indemnización del artículo 2341 CC así como trasladar el saldo de la CAIP a **COLPENSIONES** y si esta debe reconocer pensión de vejez por régimen de transición a la demandante.

Para resolver indicó que la demandante tenía régimen de transición por edad y tiempo de servicios, porque al 1º de abril de 1994 tenía 35 años y 821,14 semanas cotizadas, por ende puede retornar al RPM en cualquier tiempo conforme la sentencia SU-0062 de 2010, sin embargo, la parte solicitó la ineficacia del traslado, la cual según la H. CSJ procede cuando la AFP trasgrede el deber de información, sin que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación sea prueba del cumplimiento de tal deber, siendo responsable la AFP de la carga de la prueba, sin embargo, no acreditó que en 1999 diera asesoría a la demandante sobre ambos regímenes pensionales y los efectos del traslado al RAIS en su régimen de transición pensional, por tanto, declaró ineficaz el traslado y como quiera que la demandante extendió el régimen de transición hasta diciembre de 2014, completó 55 años en mayo de 2013 y 1303 semanas, cumpliendo los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual reconoció la pensión de vejez en cuantía desde mayo de 2013, sin embargo, declaró prescritas las mesadas anteriores al 07 de mayo de 2016 considerando la fecha de presentación de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **LUZ AURORA MILLÁN ALONSO** solicitó modificar la declaratoria de prescripción, por cuanto la reclamación

que presentó a **COLPENSIONES** el 06 de noviembre de 2018 interrumpió el término prescriptivo conforme el artículo 489 CST, por tanto, el pago del retroactivo procede desde el 06 de noviembre de 2015 (25:01 cd fl. 178).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó aplicar el precedente jurisprudencial de la H. CSJ y condenar a la AFP a reintegrar la totalidad del saldo de la CAIP, así como las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, pago de seguros previsionales y gastos de administración (27:42 cd fl. 178).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, por cuanto la AFP no acreditó cumplir el deber de información afectando el régimen de transición de la afiliada. La demandada **PORVENIR S.A.** mediante escritura pública 788 del 06 de abril de 2021 de la Notario 08 de Bogotá D.C. otorgó poder a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., en la cual está inscrito el Dr. Jorge Andrés Narvárez Ramírez identificado con CC 1021819595 y TP 345.374 CSJ, quien se reconoce como apoderado de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, indicando que no procede declarar ineficaz el traslado de régimen porque el mismo se hizo de forma consciente, libre y voluntaria, tal y como demuestra el formulario de afiliación, sin que para esa fecha el cumplimiento del deber de información se exigiera en los términos reclamados en la demanda y sentencia, la demandante no retornó al RPM, la inconformidad en el monto pensional no vicia el consentimiento y, de confirmarse la decisión, solicitó no ordenar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales.

La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 C.S.J., quien solicitó revocar el fallo, por cuanto hay pruebas suficientes que acreditan que el traslado de

régimen pensional fue libre y voluntario, que se suministró información clara y precisa, que no se acredita vicio del consentimiento y el demandante no desvirtuó la buena fe de la AFP y no se pueden imponer obligaciones al fondo que no estaban vigentes al momento del traslado y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera al desconocer la restricción de traslado por edad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez conforme el régimen de transición.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: *i)* la demandante **LUZ AURORA MILLÁN ALONSO** nació el 15 de mayo de 1958 (fl. 34); *ii)* la demandante se afilió al extinto ISS el 07 de mayo de 1977 y cotizó 992,71 semanas (cd fl. 113); *iii)* la demandante se trasladó del RPM al RAIS al

suscribir formulario de afiliación con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 15 de julio de 1999 (fl. 35 y 154), el cual se hizo efectivo el 1° de septiembre de 1999 (fl. 173), AFP donde sigue vinculada y acumula 1.226 semanas cotizadas a noviembre de 2019 (fl. 159).

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

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del afiliado, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación, a cargo de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias 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 ambos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Por su parte, 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”*.

En las sentencias SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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

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 las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró ineficaz el traslado de régimen pensional, ordenó el traslado de los ahorros y rendimiento de la CAIP, que la demandante tiene régimen de transición y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde 2013 en cuantía inicial de \$1.322.087,12 y ordenó el pago del retroactivo desde el 07 de mayo de 2016 y autorizó la deducción de aportes a salud, absolvió de las demás pretensiones y no condenó en costas.

La demandante **LUZ AURORA MILLÁN ALONSO** interpuso recurso de apelación y solicitó modificar la declaratoria de prescripción. Indicó que mediante reclamación del 06 de noviembre de 2018 interrumpió la prescripción y por tanto procede el pago del retroactivo desde el 06 de noviembre de 2015.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó condenar a la AFP a reintegrar la totalidad del saldo de la CAIP, así como las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, advirtiendo que **PORVENIR S.A.** solicitó en sus alegatos revocar el fallo de primera instancia coadyuvando el recurso de apelación de **COLPENSIONES**, sin embargo, la administradora pública no solicitó revocar la sentencia sino modificar la condena de la AFP, por tanto, la Sala se abstendrá de considerar los argumentos elevados por **PORVENIR S.A.** en sus alegatos porque el principio de consonancia, consagrado en el artículo 66A CPTSS, limitó la competencia de esta Corporación a las materias objeto de apelación.

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

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

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se encuentra a cargo de las AFP desde su creación, a la vez que 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 mediante la afiliación a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 15 de julio de 1999 (fl. 35 y 154), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

La demandante, al momento del traslado de régimen pensional, era beneficiaria de la transición pensional por edad ya que al 1º de abril de 1994 tenía 35 años, por tanto, tenía la expectativa de acceder a las condiciones pensionales consagradas en el Acuerdo 049 de 1990, advirtiéndole que para la fecha de suscripción del formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** tenía 992.71 semanas (15 de julio de 1999) y le faltaban menos de 8 semanas para consolidar 1000 semanas conforme exigía el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, sin embargo, no hay prueba de que el promotor de la AFP haya advertido a la accionante que su traslado de régimen conllevaba a la pérdida del régimen de transición, ni que expuso las características de ambos regímenes y las circunstancias que inciden en la conformación del derecho pensional.

Así las cosas, esta Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino del traslado del régimen pensional de la demandante, por cuanto conforme los

antecedentes jurisprudenciales expuestos la sanción de ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

Así mismo, se ordenará a **PORVENIR S.A.** la devolución de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las cuales deberán ser debidamente indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, de conformidad con la posición jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL4174 de 2021, SL4059 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, entre otras.

En lo que respecta al reconocimiento pensional de la demandante, la Sala revocará los numerales cuarto, quinto y séptimo de la sentencia de primera instancia, en cuanto se define de manera puntual la fecha a partir de la cual procedería el pago de la prestación, su cuantía y eventuales mesadas prescritas, y en su lugar se definirá que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a **PORVENIR S.A.**, momento a partir

del cual **COLPENSIONES** procederá a definir los aspectos determinantes de la pensión de vejez tales como IBL, tasa de remplazo, fecha de causación y exigibilidad, a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Respecto al reproche relativo a la fecha de prescripción de las mesadas pensionales, la Sala se releva del estudio de este punto de apelación, pues como se definió en precedencia, los aspectos determinantes de la pensión de la demandante no pueden ser definidos en este momento en cuanto ellos solo pueden establecerse en el momento en que **COLPENSIONES** reciba de manera efectiva el traslado de los aportes e información de la cuenta de la actora.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante **LUZ AURORA MILLÁN ALONSO**, conforme la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERA: REVOCAR los numerales CUARTO, QUINTO y SEPTIMO de la sentencia de primera instancia para en su lugar disponer que el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la demandante solo procede, una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a **PORVENIR S.A.**, momento a partir del cual **COLPENSIONES** procederá a definir los aspectos determinantes de la prestación tales como IBL, tasa de remplazo, fecha de causación y exigibilidad, a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado
jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. *relacion de voto*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ AURORA MILLÁN ALFONSO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00317 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0228-2021

Radicado N° 12 2019 00371 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUIS FERNANDO TOVAR HERNANDEZ, 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 que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 28 de julio de 1958; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 30 de mayo 1986 y el 30 de junio de 2002 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 299.29 semanas; que para 12 de agosto de 2002, se trasladó al RAIS administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; que para el momento de la afiliación el Fondo no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que no se le explicó en que consistía una cuenta de ahorro individual, ni como sería la disminución de su mesada pensional; que no fue ilustrado con escenarios comparativos entre los dos regímenes; que no se le otorgó una proyección pensional; que el formulario fue diligenciado por la asesora y que no tenía interés alguno en cambiarse de régimen, pues la decisión del traslado nunca estuvo precedida de un consentimiento informado. Por último señaló, que mediante escrito el 2 de mayo del 2019, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM y dicha entidad respondió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor, su afiliación inicial a dicha entidad y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 56 a 58).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a dicha entidad y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 86 a 110).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, declaró la ineficacia de la relación de afiliación del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutoria de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante **LUIS FERNANDO TOVAR HERNANDEZ**, realizada con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** del 12 de agosto de 2002, según formulario N. 01739489 de dicha calenda. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante **LUIS FERNANDO TOVAR HERMANDEZ** con destino a COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante **LUIS FERNANDO TOVAR HERNANDEZ**, y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. **CUARTO: CONDENAR** a PORVENIR a la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias

utilidades. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES y PORVENIR de las demás súplicas de la demandada. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. **SÉPTIMO: SIN CONDENAS EN COSTAS**, en la instancia. **OCTAVO:** En caso de no ser apelada la presente Sentencia, sùrtase el grado jurisdiccional de **CONSULTA** para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, a las AFP les asiste el deber o servicio público de proporcionar información concreta sobre las implicaciones del traslado, y que la mera implementación genérica de un consentimiento informado a través de la suscripción de un formulario no es suficiente para acreditar el deber, definió que dentro del proceso la AFP demandada no acreditó el cumplimiento de este deber y por ello el acto del traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que al momento del traslado de régimen del demandante, el ordenamiento jurídico no determinaba ninguna forma concreta en que las AFP debían suministrar o brindar información, que solo con el desarrollo normativo y jurisprudencial se pudo establecer esta nueva obligación de documentar debidamente la información incluyendo cuadros comparativos, proyecciones pensionales y doble asesoría, entre otras. Dice que por esta razón el único documento que acredita tal deber es el formulario de afiliación suscrito y que de todas formas debe tenerse en cuenta que el demandante tampoco desplegó actividad alguna tendiente a que el Fondo le brindara información pormenorizada de

su situación pensional. Solicita que se le de valor al consentimiento plasmado en el formulario de afiliación que el actor suscribió de manera libre y voluntaria y que de confirmarse sentencia de primera instancia, se absuelva de la devolución de los gastos de administración.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia y en ellas solicita que se revoque la decisión de primera instancia por no ser procedente el traslado de régimen pensional del actor.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 28 de julio de 1958 (fl. 15); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 30 de mayo 1986 y el 30 de junio de 2002, por un total de 299,29 semanas (fls. 21 a 23); **iii)** que el 12 de agosto de 2002 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (fl. 30); **iv)** que el 2 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y anulación de su afiliación al RAIS y dicha entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 24 y 39).

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

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades de

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor LUIS FERNANDO TOVAR HERNANDEZ se trasladó a la AFP PROVENIR S.A. el 12 de agosto de 2002 (fl. 30), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES (fl. 30).

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD 3, min. 14:00), pues al efecto manifestó que para la época del traslado fue abordado por una asesora en su lugar de trabajo, la cual brindó una asesoría en la que se limitó a comentar que el ISS se acabaría, que la asesoría

no duro más de 20 minutos, y no le informaron en que consistía ese traslado de régimen, ni cómo se generarían los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual.

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

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente y por una sola vez al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se

confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrino que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso el Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del RPM al RAIS administrado por la PORVENIR, por las razones anteriormente expuestas.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relación de voto.*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO TOVAR HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00371 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, 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

1. The first part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

2. The second part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0215-2021

Radicado N° 13 2019 00444 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES, sobre la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a las AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

AGRIPINA MORENO MORENO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES OLD MUTUAL y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de febrero de 1963 y estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 11 de septiembre de 1981 y el 30 de julio de 1994; que en agosto de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN); que en julio de 1995, se trasladó a la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN), en septiembre de 1997 se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR), en mayo de 2009 a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR), en diciembre de 2010 se trasladó a la AFP SKANDIA, en julio de 2011 a la AFP PORVENIR, en marzo de 2013, se trasladó a la AFP COLFONDOS y finalmente en marzo de 2015 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL. Aduce que el momento del traslado ninguna de las AFP demandadas le brindó información pertinente, veraz y oportuna sobre el traslado de Régimen pensional y sobre las implicaciones del mismo. Agregó que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS. Dice que el 12 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás

manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 102 a 105).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones (fls. 130 a 142).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Ni se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 163 a 167).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 208 a 234).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante y frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la

afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrador por COLFONDOS, prescripción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 130 a 142).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a las AFP demandadas trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: **“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que hiciera la demandante AGRIPINA MORNEO MORENO a través de la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. en agosto de 1994, y de contera la realizada ante OLD MUTUAL hoy SKANDIA, COLFONDOS y PORVENIR, por las razones antes expuestas. **SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A., inclúyase como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a 1 SMLMV. **SEXTO:** Por otro lado apélese o no esta decisión, por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso al TSB en grado jurisdiccional de consulta en su favor.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCION interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión que ordenó la devolución de los dineros que tenga la demandante en la cuenta de ahorro individual y los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que la demandante actualmente no tiene una cuenta con la entidad y al momento en que ésta se trasladó de AFP cumplió con la obligación de trasladar los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual. Dice además que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración en cuanto es un derecho de las administradoras claramente autorizado en la ley, que los rendimientos que obtuvo la cuenta de la demandante durante que permaneció en el fondo son el reflejo de la gestión realizada. Agrega que en todo caso operó la excepción de prescripción respecto de los gastos de administración que la sentencia ordena devolver.

Por su parte la apoderada de PORVENIR solicita que se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que su representada es un tercero de buena fe en cuanto no fue la entidad que dio lugar al

traslado de régimen de la demandante, aduce además que no es procedente la devolución de los gastos de administración en cuanto éstos están debidamente autorizados por la ley y que constituyen una restitución mutua por la labor de administración realizada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno en el acto del traslado de régimen que realizó la actora.

El apoderado de la parte demandante por su parte, solicita que confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

El apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. Los apoderados de las AFP COLFONDOS, SKANDIA y PROTECCIÓN no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con

solidaridad, a través de su vinculación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 17 de febrero de 1963 (fl. 11); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 11 de septiembre de 1981 y el 31 de julio de 1994 (fls. 183 y 184); **iii)** que en agosto de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) (hecho aceptado por PROTECCIÓN en la contestación de la demanda, fl. 130); **iv)** que el 7 de junio de 1995 se trasladó a la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN) (fl. 12); **v)** que el 10 de septiembre de 1997 se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR) (fl. 13); **vi)** que el 28 de mayo de 2009 se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) (fl. 14); **vii)** que el 7 de febrero de 2010 se trasladó a la AFP SKANDIA (fl. 15); **viii)** que el 22 de julio de 2011 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 16); **ix)** que el 19 de marzo de 2013 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 19); **x)** que el 27 de marzo de 2015 se trasladó a la AFP SKANDIA (fl. 20); **xi)** que el 12 de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (fl. 22).

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

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

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

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora AGRIPINA MORENO MORENO se trasladó a AFP DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) en agosto de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD5. min. 13:57), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, el grupo en que trabajaba les informó que habían creado un fondo de pensiones llamado DAVIVIR, que les hicieron una reunión general donde les dieron a conocer todas las ventajas que tendrían y les dijeron que el ISS se iba acabar, que en su caso generalmente cambiaba de fondo cada vez que cambiaba de trabajo porque cada empresa tenía definido el fondo al que debían afiliarse.

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

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

acarreando para la AFP SKANDIA, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP SKANDIA a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR deben asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos. Como la sentencia de primera instancia así lo dispuso se confirmará en lo pertinente la decisión.

Para responder el argumento de apelación planteado por la demandada PROTECCION referido a que no es procedente ordenar la devolución de saldos a su cargo, en cuanto trasladó los valores que la demandante tenía en dicha entidad al momento del traslado de AFP, se precisa que la sentencia de primera instancia define de

manera clara que cada entidad tiene la obligación de devolver los valores que en la actualidad tenga en su poder, en este orden de ideas cada una de las AFP demandadas deberá trasladar, el valor que le corresponda por los gastos de administración que descontó en su momento y en el caso de SKANDIA, AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente la demandante, corresponderá devolver además de los gastos de administración la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el

momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

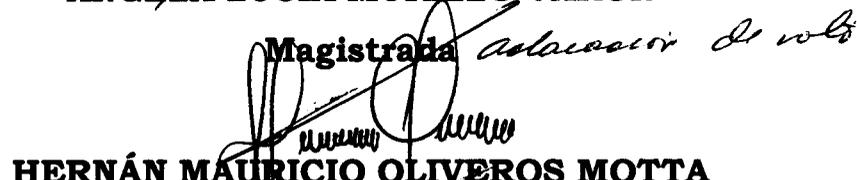
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: AGRIPINA MORENO MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 013 2019 00444 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-012-2021

Radicado N° 14 2019 00014 01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES, sobre la sentencia dictada el día 18 de febrero de 2021 en el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada al pago de una indemnización sustitutiva.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DOLORES SALOME MEDINA MORA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 10 de abril de 1956, que trabajó mediante contrato de prestación de servicios en la

Universidad Externado de Colombia desde el 29 de enero de 1990 hasta el 15 de diciembre de 1995 y mediante contrato laboral de medio tiempo desde el 1° de febrero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1996, que durante ese lapso realizó cotizaciones a pensión, que continuo cotizando al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 31 de diciembre de 2016, que cotizó un total de 1.052 semanas; que laboró por más de 20 años como docente; que mediante Resolución N° 11756 del 14 de marzo de 2008, CAJANAL le reconoció una pensión gracia a partir del 10 de abril de 2006, que mediante Resolución N° 5737 del 15 de noviembre de 2011 el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación, que para el efecto solo se tuvo en cuenta el tiempo que laboró como docente oficial, que el 4 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, que mediante Resolución SUB 137485 del 24 de mayo de 2018 dicha entidad negó el reconocimiento del derecho, que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión pero éstos fueron resueltos de manera desfavorable mediante Resoluciones 201317 del 28 de julio de 2018 y DIR 14100 del 2 de agosto de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción (Pdf. 1, fls. 95 a 101).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, condenó a la entidad demandada a reconocer

y pagar a la demandante indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que a la demandante DOLORES SALOMÉ MEDINA MORA le asiste el derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES le reconozca y pague indemnización sustitutiva de pensión de vejez. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar en favor de la demandante, señora DOLORES SALOMÉ MEDINA MORA, identificada con C.C. N° 21.207.645, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$40.357.215, por los motivos indicados en la parte considerativa de la sentencia, la que se debe indexar conforme al IPC para el momento de su pago. **TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$3.200.000 M/Cte. Liquidense por secretaria. **QUINTO: CONSULTA** en favor de COLPENSIONES”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si las pensiones que recibe la demandante por parte de CAJANAL y el Magisterio son compatibles con la indemnización sustitutiva que se reclama y en dado caso definir si a la demandante le asiste derecho al pago de dicha indemnización. Para resolverlo, indicó que las prestaciones que recibe la actora son compatibles con la indemnización sustitutiva que se reclama en cuanto éstas están excluidas del sistema general de pensiones por disposición de la Ley 100 de 1993, también dijo que la demandante cumple las condiciones previstas en la norma para acceder a la indemnización sustitutiva y por ello ordenó su pago.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

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

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que reclama la demandante es compatible con las pensiones de jubilación y gracia que viene percibiendo, y en dado caso establecer si causó la indemnización y su cuantía.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 10 de abril de 1956 (Pdf. 1, fl. 3); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES 1.052,57 semanas entre el 1° de febrero de 1996 y el 31 de diciembre de 2016 de manera interrumpida (Pdf. 1, fls. 5 y 6); **iii)** que mediante

Resolución N° 11756 del 14 de marzo de 2008, la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL reconoció a la demandante una pensión gracia a partir del 10 de abril de 2006 en cuantía inicial de \$1.382.297 (Pdf. 1, fls. 18 a 20); **iv)** que mediante Resolución N° 5737 del 15 de noviembre de 2011 el Fondo Nacional de Prestaciones del Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación a partir del 11 de abril de 2011 por la prestación de sus servicios como docente (Pdf. 1, fls. 21 a 23); **v)** que mediante Resoluciones SUB 137485 del 24 de mayo de 2018, SUB 201317 del 28 de julio de 2018 y DIR 14100 del 2 de agosto de 2018 la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de vejez y de la indemnización sustitutiva a la demandante (Pdf. 1, fls. 26 a 30, 33 a 39 y 41 a 45).

- **Compatibilidad entre la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez 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 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las *“prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse¹, entre otras, en la sentencia de radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011.

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: *“(…) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*

En la providencia referida la Corte estableció que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliarse al Sistema de pensiones a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular, por el contrario, estos servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida por lo cual pueden causar y se deben pagar las pensiones que nacen de dichos aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público, *“en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores”*². Sobre la materia es particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales se advierte que los aportes efectuados por la demandante al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a entidades de carácter privado entre febrero de 1996 y diciembre de 2016 (Pdf. 2), por lo cual dichos tiempos no tuvieron incidencia en el reconocimiento de las asignaciones a cargo de CAJANAL y/o del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resuelto este aspecto de la controversia pasa la Sala definir si la demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva que reclama.

- **Sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.**

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

² Ídem.

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.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece:

“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

En el caso bajo estudio la demandante causó el derecho al pago de la indemnización sustitutiva, en tanto cumplió la edad de 57 años el 10 de abril de 2013 (Pdf. 1, fl. 3) y cotizó un total de 1.054,43 semanas al sistema de pensiones, densidad de cotizaciones que no es suficiente para causar el derecho a la pensión de vejez, pues perdió el beneficio de la transición en cuanto no tenía más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, solo contaba para ese momento con 479.54 semanas 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.

Ahora bien, para la liquidación de la indemnización sustitutiva de la demandante la Sala tendrá en cuenta las 1.054,43 semanas de cotización certificadas por COLPENSIONES en la historia laboral aportada al expediente en el formato *PDF* que contiene el expediente administrativo.

OPERACIONES

| Año | Mes | Días | Salario Base | IPC inicial | IPC final | IPC promedio | Salario actualizado | (Días x Salario) |
|------|------------|------|--------------|-------------|-----------|--------------|---------------------|------------------|
| 1996 | Febrero | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Marzo | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Abril | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Mayo | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Junio | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Julio | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Agosto | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Septiembre | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Octubre | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Noviembre | 30 | \$ 500.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 2.222.582 | \$ 2.222.582 |
| 1996 | Diciembre | 30 | \$ 250.000 | 21,80 | 96,92 | 4,4452 | \$ 1.111.291 | \$ 1.111.291 |
| 1997 | Enero | 30 | \$ 328.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 1.198.639 | \$ 1.198.639 |
| 1997 | Febrero | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Marzo | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Abril | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Mayo | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Junio | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Julio | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Agosto | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Septiembre | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Octubre | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Noviembre | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1997 | Diciembre | 30 | \$ 615.000 | 26,52 | 96,92 | 3,6544 | \$ 2.247.449 | \$ 2.247.449 |
| 1998 | Enero | 30 | \$ 615.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 1.909.728 | \$ 1.909.728 |
| 1998 | Febrero | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Marzo | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Abril | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Mayo | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Junio | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Julio | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Agosto | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Septiembre | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Octubre | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Noviembre | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1998 | Diciembre | 30 | \$ 740.000 | 31,21 | 96,92 | 3,1052 | \$ 2.297.884 | \$ 2.297.884 |
| 1999 | Enero | 30 | \$ 458.667 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 1.220.427 | \$ 1.220.427 |
| 1999 | Febrero | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Marzo | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Abril | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Mayo | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Junio | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Julio | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |

DOLORES SALOME MEDINA MORA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES
Radicación N° 14 2019 00014 01

| | | | | | | | | |
|------|------------|----|--------------|-------|-------|--------|--------------|--------------|
| 1999 | Agosto | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Septiembre | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Octubre | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Noviembre | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 1999 | Diciembre | 30 | \$ 860.000 | 36,42 | 96,92 | 2,6608 | \$ 2.288.298 | \$ 2.288.298 |
| 2000 | Enero | 30 | \$ 860.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.094.903 | \$ 2.094.903 |
| 2000 | Febrero | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Marzo | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Abril | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Mayo | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Junio | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Julio | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Agosto | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Septiembre | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Octubre | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Noviembre | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2000 | Diciembre | 30 | \$ 945.000 | 39,79 | 96,92 | 2,4359 | \$ 2.301.958 | \$ 2.301.958 |
| 2001 | Enero | 30 | \$ 945.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.116.778 | \$ 2.116.778 |
| 2001 | Febrero | 30 | \$ 1.576.267 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 3.530.802 | \$ 3.530.802 |
| 2001 | Marzo | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Abril | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Mayo | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Junio | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Julio | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Agosto | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Septiembre | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Octubre | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Noviembre | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2001 | Diciembre | 30 | \$ 1.028.000 | 43,27 | 96,92 | 2,2400 | \$ 2.302.696 | \$ 2.302.696 |
| 2002 | Enero | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Febrero | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Marzo | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Abril | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Mayo | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Junio | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Julio | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Agosto | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Septiembre | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Octubre | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Noviembre | 30 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.311.843 |
| 2002 | Diciembre | 27 | \$ 1.111.000 | 46,58 | 96,92 | 2,0809 | \$ 2.311.843 | \$ 2.080.658 |
| 2003 | Enero | 30 | \$ 1.111.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.160.746 | \$ 2.160.746 |
| 2003 | Febrero | 30 | \$ 1.111.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.160.746 | \$ 2.160.746 |
| 2003 | Marzo | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Abril | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Mayo | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Junio | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Julio | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Agosto | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Septiembre | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Octubre | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Noviembre | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2003 | Diciembre | 30 | \$ 1.189.000 | 49,83 | 96,92 | 1,9449 | \$ 2.312.446 | \$ 2.312.446 |
| 2004 | Febrero | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Marzo | 30 | \$ 3.223.160 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 5.886.541 | \$ 5.886.541 |
| 2004 | Abril | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Mayo | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Junio | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Julio | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Agosto | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Septiembre | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Octubre | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Noviembre | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2004 | Diciembre | 30 | \$ 1.272.300 | 53,07 | 96,92 | 1,8263 | \$ 2.323.635 | \$ 2.323.635 |
| 2005 | Febrero | 30 | \$ 1.314.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.274.738 | \$ 2.274.738 |
| 2005 | Marzo | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |

DOLORES SALOME MEDINA MORA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES
Radicación N° 14 2019 00014 01

| | | | | | | | | |
|------|------------|----|--------------|-------|-------|--------|--------------|--------------|
| 2005 | Abril | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Mayo | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Junio | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Julio | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Agosto | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Septiembre | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Octubre | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Noviembre | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2005 | Diciembre | 30 | \$ 1.355.000 | 55,99 | 96,92 | 1,7312 | \$ 2.345.716 | \$ 2.345.716 |
| 2006 | Febrero | 30 | \$ 2.195.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 3.623.947 | \$ 3.623.947 |
| 2006 | Marzo | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Abril | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Mayo | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Junio | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Julio | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Agosto | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Septiembre | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Octubre | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Noviembre | 30 | \$ 1.463.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 2.415.414 | \$ 2.415.414 |
| 2006 | Diciembre | 29 | \$ 780.000 | 58,70 | 96,92 | 1,6510 | \$ 1.287.781 | \$ 1.244.855 |
| 2007 | Enero | 30 | \$ 829.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 1.310.018 | \$ 1.310.018 |
| 2007 | Febrero | 30 | \$ 1.621.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.561.568 | \$ 2.561.568 |
| 2007 | Marzo | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Abril | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Mayo | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Junio | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Julio | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Agosto | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Septiembre | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Octubre | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Noviembre | 30 | \$ 1.566.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 2.474.655 | \$ 2.474.655 |
| 2007 | Diciembre | 30 | \$ 835.000 | 61,33 | 96,92 | 1,5802 | \$ 1.319.500 | \$ 1.319.500 |
| 2008 | Enero | 17 | \$ 887.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 1.326.160 | \$ 751.491 |
| 2008 | Febrero | 30 | \$ 1.728.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.583.545 | \$ 2.583.545 |
| 2008 | Marzo | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Abril | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Mayo | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Junio | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Julio | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Agosto | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Septiembre | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Octubre | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Noviembre | 30 | \$ 1.669.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 2.495.333 | \$ 2.495.333 |
| 2008 | Diciembre | 30 | \$ 946.000 | 64,82 | 96,92 | 1,4951 | \$ 1.414.371 | \$ 1.414.371 |
| 2009 | Enero | 18 | \$ 1.002.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 1.391.317 | \$ 834.790 |
| 2009 | Febrero | 30 | \$ 1.910.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.652.111 | \$ 2.652.111 |
| 2009 | Marzo | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Abril | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Mayo | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Junio | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Julio | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Agosto | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Septiembre | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Octubre | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Noviembre | 30 | \$ 1.820.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 2.527.143 | \$ 2.527.143 |
| 2009 | Diciembre | 30 | \$ 970.000 | 69,80 | 96,92 | 1,3885 | \$ 1.346.884 | \$ 1.346.884 |
| 2010 | Enero | 19 | \$ 1.152.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 1.568.205 | \$ 993.197 |
| 2010 | Febrero | 30 | \$ 1.956.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.662.682 | \$ 2.662.682 |
| 2010 | Marzo | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Abril | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Mayo | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Junio | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Julio | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Agosto | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Septiembre | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Octubre | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |

| | | | | | | | | |
|------|------------|----|--------------|-------|-------|--------|--------------|--------------|
| 2010 | Noviembre | 30 | \$ 1.903.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 2.590.534 | \$ 2.590.534 |
| 2010 | Diciembre | 30 | \$ 1.205.000 | 71,20 | 96,92 | 1,3613 | \$ 1.640.354 | \$ 1.640.354 |
| 2011 | Enero | 20 | \$ 1.269.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 1.674.378 | \$ 1.116.252 |
| 2011 | Febrero | 30 | \$ 2.046.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.699.588 | \$ 2.699.588 |
| 2011 | Marzo | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Abril | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Mayo | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Junio | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Julio | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Agosto | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Septiembre | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Octubre | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Noviembre | 30 | \$ 1.989.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 2.624.380 | \$ 2.624.380 |
| 2011 | Diciembre | 30 | \$ 1.193.000 | 73,45 | 96,92 | 1,3194 | \$ 1.574.100 | \$ 1.574.100 |
| 2012 | Enero | 21 | \$ 1.392.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 1.770.698 | \$ 1.239.488 |
| 2012 | Febrero | 30 | \$ 1.989.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.530.113 | \$ 2.530.113 |
| 2012 | Marzo | 30 | \$ 2.311.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.939.714 | \$ 2.939.714 |
| 2012 | Abril | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Mayo | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Junio | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Julio | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Agosto | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Septiembre | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Octubre | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Noviembre | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2012 | Diciembre | 30 | \$ 2.108.000 | 76,19 | 96,92 | 1,2721 | \$ 2.681.487 | \$ 2.681.487 |
| 2013 | Enero | 30 | \$ 2.108.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.617.737 | \$ 2.617.737 |
| 2013 | Febrero | 30 | \$ 2.319.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.879.759 | \$ 2.879.759 |
| 2013 | Marzo | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Abril | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Mayo | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Junio | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Julio | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Agosto | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Septiembre | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Octubre | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Noviembre | 30 | \$ 2.214.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 2.749.368 | \$ 2.749.368 |
| 2013 | Diciembre | 30 | \$ 1.255.000 | 78,05 | 96,92 | 1,2418 | \$ 1.558.472 | \$ 1.558.472 |
| 2014 | Enero | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Febrero | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Marzo | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Abril | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Mayo | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Junio | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Julio | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Agosto | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Septiembre | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Octubre | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Noviembre | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2014 | Diciembre | 30 | \$ 2.325.000 | 79,56 | 96,92 | 1,2182 | \$ 2.832.324 | \$ 2.832.324 |
| 2015 | Enero | 30 | \$ 2.455.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.885.161 | \$ 2.885.161 |
| 2015 | Febrero | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Marzo | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Abril | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Mayo | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Junio | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Julio | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Agosto | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Septiembre | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Octubre | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Noviembre | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2015 | Diciembre | 30 | \$ 2.432.000 | 82,47 | 96,92 | 1,1752 | \$ 2.858.131 | \$ 2.858.131 |
| 2016 | Enero | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Febrero | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Marzo | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |

| | | | | | | | | |
|------|------------|----|--------------|-------|-------|--------|--------------|--------------|
| 2016 | Abril | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Mayo | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Junio | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Julio | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Agosto | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Septiembre | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Octubre | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Noviembre | 30 | \$ 2.614.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 2.877.256 | \$ 2.877.256 |
| 2016 | Diciembre | 30 | \$ 2.788.000 | 88,05 | 96,92 | 1,1007 | \$ 3.068.780 | \$ 3.068.780 |

| PROMEDIO PONDERADO PORCENTAJE DE COTIZACIÓN | | | |
|---|-------------------|-----------------------|------------------------------------|
| AÑO | SEMANAS COTIZADAS | % APORTES PENSIONALES | PROCENTAJE PONDERADO DE COTIZACIÓN |
| 1996 | 46,71 | 13,50% | 6,31 |
| 1997 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 1998 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 1999 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 2000 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 2001 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 2002 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 2003 | 51,43 | 13,50% | 6,94 |
| 2004 | 47,14 | 14,50% | 6,84 |
| 2005 | 47,14 | 15% | 7,07 |
| 2006 | 47,14 | 15,50% | 7,31 |
| 2007 | 51,43 | 15,50% | 7,97 |
| 2008 | 49,57 | 16% | 7,93 |
| 2009 | 49,71 | 16% | 7,95 |
| 2010 | 50 | 16% | 8,00 |
| 2011 | 49,85 | 16% | 7,98 |
| 2012 | 50,14 | 16% | 8,02 |
| 2013 | 51,43 | 16% | 8,23 |
| 2014 | 51,43 | 16% | 8,23 |
| 2015 | 51,43 | 16% | 8,23 |
| 2016 | 51,43 | 16% | 8,23 |
| TOTAL | 1054,56 | | 156,89 |
| | | PROMEDIO | 6,72 |

Indemnización sustitutiva = SBC x SC x PPC

SBC= \$569.302

SC= 1.054

PPC = 6.72%

\$569.302 X 1.054 X 6.72% = \$40.339.398

De las anteriores operaciones se obtiene como valor de la indemnización sustitutiva que debe pagar la entidad demandada a la demandante debidamente indexada al momento en que efectúe el pago, la suma de \$40.339.398, por ello y dado que este valor es levemente inferior al que tasó la juez de primera instancia, se

modificará en lo pertinente la decisión, por el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la entidad demandada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para definir que la indemnización sustitutiva que debe pagar COLPENSIONES a la demandante equivale a la suma de \$40.339.398, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *salvo voto de voto*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: DOLORS SALOME MEDINA MORA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES
RADICADO: 11001 31 05 014 2019 00014 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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

Revisado el expediente se acredita que la demandante: i) se encuentra pensionada por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien reconoció pensión de jubilación, mediante Resolución 5737 de 15 de noviembre de 2011, ii) que el actor efectuó cotizaciones de forma interrumpida al Instituto de Seguros Sociales en un total de 1052.57 semanas cotizadas en el sector privado.

En relación con la pretensión solicitada por la demandante que es la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es de señalar que esta es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

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

En el *Sub Judice*, quedó establecido que el demandante cumple con la edad mínima exigible para obtener el derecho, ya que nació el 10 de abril de 1956, y solicitó la indemnización sustitutiva, sin embargo, dado que se encuentra reconocida pensión por el fondo a través de Resolución 5737 del 15 de noviembre de 2011 a partir del 11 de abril de 2011, esto es, la demandante es pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte la improcedencia de la

pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de la indemnización sustitutiva, no es otra que la de permitir que las personas que habiendo cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez y no pueden seguir cotizando para lograr el número de semanas exigidos, puedan solicitar una indemnización.

Al gozar el demandante de la pensión otorgada en el régimen de prima media administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se desvirtúa el requisito que permite activar la prestación subsidiaria, esto es, el no cumplir con el número mínimo de semanas para obtener la pensión de vejez.

Se señala que la pensión recibida del fondo de prestaciones del magisterio hace parte del régimen de prima media porque de conformidad con el artículo 32 el régimen de prima media tiene como características ser un régimen solidario donde los aportes constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, requisitos estos que se cumplen en los dineros que administra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De tal manera que al no cumplirse los requisitos señalados en la norma en mención que es la aplicable al caso en concreto, no hay lugar a la compatibilidad solicitada entre las pensiones que devenga el demandante y la indemnización deprecada y en consecuencia se debió revocar la sentencia de primera instancia.

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


ÁNGELA LUCÍA MURILO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0014-2021

Radicado N° 15 2019 00522 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

EDGAR ALFONSO RAMIREZ, 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 que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de mayo de 1958, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 9 de agosto de 1988 hasta el 30 de junio de 1998 por un total de 410.86 semanas, que el 26 de mayo de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR), que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó ningún tipo de información sobre las implicaciones del traslado, que solo le aseguraron que podría obtener una mesada más alta que en el Seguro y que podría pensionarse con menor edad. Agregó que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS, que el 21 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (fls. 44 a 52).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor y su afiliación a

dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa y buena fe (fls. 75 a 95).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el señor EDGAR ALFONSO RAMIREZ el día 27 de mayo de 1998 con efectividad a partir del 1° de julio de 1998, a través de la ADMINISTRADORA COLPATRIA hoy PORVENIR, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a dicha administradora PORVENIR traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a ésta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante, los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado al Régimen de Ahorro Individual, conforme lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas 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 que la revise en el grado jurisdiccional de consulta”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que el demandante no acreditó la existencia de vicio del consentimiento alguno que invalide su traslado al RAIS.

La apoderada de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente declarar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, pues para el momento en que este acto se efectuó no existía obligación legal en ese sentido.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.), cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i*) que el demandante nació el 22 de mayo de 1958 (fl. 14); *ii*) que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 9 de agosto de 1988 y el 30 de junio de 1998 por un total de 410.86 semanas (fl. 22); *iii*) que el 26 de mayo de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) (fl. 96); *iv*) que el 21 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (fl. 29).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del

art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor EDGAR ALFONSO RAMIREZ se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) el 26 de mayo de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD1. min. 17:03), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, trabajaba con Mazda y que fue abordado por una asesora de COLPATRIA en varias ocasiones, que le ofreció trasladarse a dicho fondo con el argumento que era más beneficioso y que el Seguro Social se iba acabar, que al efecto no se le brindó una información más detallada que le permitiera tomar una buena decisión sobre su futuro pensional.

Tampoco resulta relevante al efecto lo manifestado por la representante legal de la AFP PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 1 min. 13:17), pues solo dijo no haber estado presente al momento del traslado del actor y que dentro de los archivos de la entidad no existen documentos que acrediten el tipo de información que el actor recibió.

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

hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

No obstante lo anterior y dado que el juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral primero de la sentencia y definirá la condena como corresponde, de acuerdo a lo aquí expuesto.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo los

rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Relaciones de voto*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EDGAR ALFONSO RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2019 00522 01

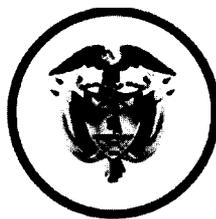
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0229-2021

Radicado N° 16 2018 00500 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DORALBA ARIAS GIRALDO, 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 o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 31 de diciembre de 1962; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 3 de octubre de 1983 y el 30 de noviembre de 1995 y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 184.86 semanas; que el 31 de octubre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; que para el momento de la afiliación, el Fondo no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que nunca recibió información sobre el cálculo actuarial, ni información sobre la diferencia entre cotización y la distribución entre el Régimen de Prima Media y Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por último señala que mediante escrito del 7 de marzo del 2018, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM y dicha entidad resolvió tal solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación inicial a dicha entidad y el posterior traslado al RAIS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe (fls. 48 a 53).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 85 a 108).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que acaeció en el caso de la señora **DORALBA ARIAS GIRALDO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 21.097.851. y que tuvo lugar el 31 de octubre de 1995 por ante la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por tanto se **CONDENA** a esta última a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, lo que incluye los valores correspondientes a intereses, réditos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y en general toda suma que se haya recibido por motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. **SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante según se condena el numeral primero que antecede, reactivando así la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara es el único al que válidamente se ha encontrado afiliada la

*demandante. **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CUARTO: CONDENAR** en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaria incluyendo el monto de medio SMLMV a cargo de PORVENIR S.A y de un cuarto de SMLMV a cargo de COLPENSIONES, como valor de las agencias en derecho”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio la AFP demandada no cumplió con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y solicita revocar en su totalidad la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión del juez de primera instancia se fundamenta en el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el cual como doctrina jurisprudencial probable se soporta en la carga de la prueba que tiene la AFP del cumplimiento del deber de información y justifica que el formulario de afiliación no es suficiente prueba para acreditar este deber, dice que no comparte las consideraciones de la jurisprudencia de la Corte traída a colación, en cuanto ésta no puede aplicarse al caso concreto, pues los supuestos fácticos no son los mismos, en el entendido de que cuando la demandante realizó el cambio de régimen en el año de 1995 no renunció a ningún beneficio pensional y estaba dentro de sus plenas facultades legales para tomar la decisión, que el traslado que realizó al Fondo de pensiones Horizonte ratifica su intención de

permanecer en el RAIS y que no se puede dar aplicación retroactiva a la obligación de buen consejo y doble asesoría que no existía al momento en que se trasladó la actora.

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la condena en costas que le impuso la sentencia de primera instancia. Aduce al efecto que si bien se declaró la ineficacia del traslado de la demandante, debe tenerse en cuenta que entre la AFP y la actora se celebró un contrato válido que produjo efectos jurídicos. Señaló que no es procedente la condena de costas, pues no hizo parte del acto que celebró la demandante con la AFP y por ello se debe revocar este punto de la sentencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque en su integridad la sentencia proferida por el juez de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y reitera los argumentos expuestos en recurso referidos a que no es procedente la condena en costas impuesta.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i*) que la demandante nació el 31 de diciembre de 1962 (fl. 4); *ii*) que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 3 de octubre de 1983 y el 30 de noviembre de 1995, por un total de 184.86 semanas (fls. 4); *iii*) que el 31 de octubre de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (fl. 109); *iv*) que el 20 de abril de 2001 se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR, fl. 112); *v*) que el 7 de marzo del 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y anulación de su afiliación al RAIS y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 22 a 27).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma

ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

En relación con el deber de información a cargo de las AFP, 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.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora DORALBA ARIAS GIRALDO se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROVENIR S.A. el 31 de octubre de 1995

(fl. 19), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES (fl. 41).

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD 5, min. 27:30), pues al efecto manifestó que para la época del traslado laboraba en la Contraloría General del Departamento de Caldas, cuando una compañera de trabajo que previamente se había afiliado a PORVENIR les insistió a sus compañeros para que efectuaran igualmente el traslado, que no recibió información con respecto al traslado, ni los beneficios o desventajas del cambio de régimen pensional, que lo único que le mencionaron fue la supuesta quiebra del ISS.

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

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

No obstante lo anterior y dado que el juez de primera instancia no definió de manera clara y expresa la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral primero de la sentencia y definirá la condena como corresponde, de acuerdo a lo aquí expuesto.

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 pueda sufrir

en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el

momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

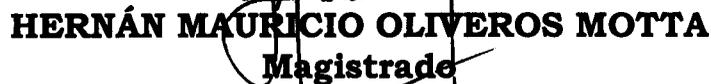
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DORALBA ARIAS GIRALDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2018 00500 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0216-2021

Radicado N° 18 2019 00209 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUIS GILDARDO LOPEZ RESTREPO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD 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 que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de agosto de 1961, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 12 de febrero de 1980 y el 28 de febrero de 1997 y realizó cotizaciones a dicha entidad por 786.71 semanas, que el 25 de febrero de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN), aduce que para el momento del traslado la AFP demandada no le brindó información pertinente, veraz y oportuna sobre el traslado de Régimen pensional y sobre las implicaciones del mismo. Agregó que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS, que en octubre de 2018 la AFP le realizó una simulación pensional y la mesada que le correspondería para el año 2023 sería de \$1.501.248, suma que resulta muy inferior a la que le correspondería en el RPM que sería de \$2.723.817. Dice que el 7 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y esta entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, error de derecho no vicia el consentimiento y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 75 a 86).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la

prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 103 a 111).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor *LUIS GILDARDO LOPEZ RESTREPO* identificado con la cédula de ciudadanía N° 8.402.868 expedida en Bello – Antioquia, a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita el día 25 de febrero de 1997, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PROTECCION S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por la

*demandante en su cuenta individual y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, de conformidad con lo ordenado en precedencia. **CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la Litis. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada AFP PROTECCIÓN S.A., señálense como agencias en derecho la suma de \$1.200.000, suma que deberá pagar la demandada AFP PROTECCIÓN a la parte demandante, a COLPENSIONES no se impone costas. **SEXTO:** Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, en caso de que COLPENSIONES no apele esta sentencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la AFP PROTECCION interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente la devolución de los gastos de administración que ordenó la sentencia de primera instancia en cuanto este descuento se encuentra plenamente autorizado en la ley y corresponde a la labor que realiza la entidad durante el tiempo que administra el dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del actor, que de dicha administración es que se generan los rendimientos y por ello no resulta procedente devolver dichas sumas de dinero.

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el demandante se encuentra incurso dentro de una prohibición legal que le impide regresar al RPM, que además el traslado del actor obedeció a una decisión voluntaria y ordenar su traslado atentaría contra la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

El apoderado de la AFP PROTECCIÓN solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto condenó a la devolución de los gastos de administración y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante por su parte, solicita que confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy

PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 17 de agosto de 1961 (fl. 10); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de febrero de 1980 y el 28 de febrero de 1997 por un total de 786.71 semanas (fl. 28); **iii)** que el 25 de febrero de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA (hoy PROTECCIÓN) (fl. 112); **iv)** que el 1° de junio de 2010 se trasladó a la AFP PROTECCION (fl. 113); **v)** que el 7 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen (fl. 14).

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

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó

en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual 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.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor LUIS GILDARDO LOPEZ RESTREPO se trasladó a la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN) el 25 de febrero de 1997 (fl. 112), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD2. min. 22:03), pues al efecto solo manifestó que el asesor de la AFP le informó que el Seguro Social se iba acabar y que en el fondo tenía la posibilidad de pensionarse de

manera anticipada y con una mesada igual a la del ISS, pero en manera alguna le dieron información detallada de las implicaciones del traslado.

Tampoco se establece nada relevante del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la AFP PROTECCIÓN (CD. 2 min. 16:21), pues ésta solo manifestó que para el momento en que el actor se trasladó la única obligación de la entidad estaba relacionada con el diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación.

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

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCION, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal

como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso el Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN), por las razones anteriormente expuestas.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *calificación de voto*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS GILDARDO LOPEZ RESTREPO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00209 01

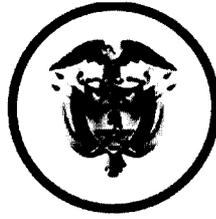
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0217-2021

Radicado N° 19 2017 00130 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y el apoderado de la demandada COLPENSIONES en contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se ordenó a COLPENSIONES continuar pagando la pensión de sobrevivientes a ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARMEN ROSA ALVARADO MERIDA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ**, con el fin de que se declare que tiene derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento

del pensionado GERMAN GONZALEZ MURCIA. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 14 de febrero de 2016; que se deje sin valor y efecto la Resolución GNR 148578 del 23 de mayo de 2016, por medio de la cual se le reconoció la pensión de sobrevivientes a ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ; que se ordene a la demandada ANA ELVIA BUITRAGO a reintegrar los dineros recibidos por concepto de pensión de sobrevivientes y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el causante GERMAN GONZALEZ MURCIA falleció el 14 de febrero de 2016; que ANA ELVIRA BUITRAGO se presentó a COLPENSIONES a reclamar la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del causante y al efecto adujo que convivió con el pensionado entre el año 2005 y el 14 de febrero de 2016; que el 30 de junio de 2016, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes a su favor, por haber convivido con el causante entre el 8 de marzo de 2009 y el 14 de febrero de 2016; que mediante Resolución GNR 148578 del 23 de mayo de 2016, la demandada reconoció pensión de sobrevivientes a ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ en cuantía de \$2.302.834, a partir del 14 de febrero de 2016; que mediante Resolución GNR 249549 del 24 de agosto de 2016, COLPENSIONES le negó el reconocimiento de la prestación con fundamento en que la pensión ya había sido asignada a ANA ELVIRA BUITRAGO. Aduce que la solicitud de reconocimiento de pensión la radicó hasta el 30 de junio de 2016 porque debía esperar la corrección de su registro civil de nacimiento por un error en su fecha de nacimiento y en el segundo apellido. Dice que el 12 de octubre de 2016, presentó recurso de apelación contra el acto administrativo que le negó el reconocimiento de la pensión y mediante Resolución VPB 2773 del 23 de enero de 2017, el cual le fue resuelto de manera desfavorable.

Fundamentó la inexistencia de la unión marital de ANA ELVIRA BUITRAGO con el causante en que, no obstante la pareja haber contraído matrimonio el 27 de junio de 1981, mediante sentencia del 9 de julio de 1999, proferida por el Juzgado Dieciséis de Familia de Bogotá cesaron los efectos civiles de aquel matrimonio católico y que mediante escritura pública N° 1737 del 2 de septiembre de 1999, se había liquidado la correspondiente sociedad conyugal; que en la sentencia del Juzgado de Familia se estableció que la pareja se encontraba separada de hecho y que desde su separación no volvieron a convivir; que al momento del fallecimiento del causante la demandada ANA ELVIRA se encontraba afiliada como cotizante al sistema de salud; que dentro de la partición que se realizó en la sucesión del causante el 50% de sus bienes fueron adjudicados a sus dos hijas YUDY PATRICIA GONZALEZ BUITRAGO y SANDRA MILENA GONZALEZ BUITRAGO, que éstas manifestaron en la sucesión que al momento del fallecimiento el causante era soltero y que de todas formas la demandada no reclamó ni se hizo parte dentro del proceso de sucesión.

Agregó que el 29 de diciembre de 2015, LUCRECIA GONZALEZ MURCIA, hermana del causante, lo llevó de urgencia al Hospital Universitario Mederi, lugar donde permaneció hasta el momento de su fallecimiento; que durante la enfermedad de GERMAN GONZALEZ, ANA ELVIRA BUITRAGO nunca acompañó ni visitó al enfermo; que ella tampoco visitó al causante en el Hospital porque él le pidió que no acudiera porque no quería que lo viera en ese estado. Señaló que con anterioridad a la enfermedad del causante, mediante declaración extra juicio realizada en la Notaría Segunda de Soacha el 11 de marzo de 2016, quedó registrado que era la compañera permanente de GERMAN GONZALEZ y que compartían techo, lecho y mesa desde el 8 de marzo de 2009, que se encontraba afiliada como beneficiaria en salud del servicio de medicina prepagada del causante y que en

Acta N° 5159 del 4 de septiembre de 2013 de la Notaría Primera de Soacha quedó registrado que dependía económicamente del causante y convivían desde hace más de tres años.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la liquidación de la sociedad conyugal y divorcio con el causante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, mala fe y prescripción (fls. 274 a 278).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante, la fecha de fallecimiento, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 407 a 416).

La demandada ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ, presentó demanda de intervención *ad excludendum*. Pide que se declare que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de GERMAN GONZALEZ MURCIA y que se condene al pago de la prestación desde el 14 de febrero de 2016, descontando los valores ya pagados por la entidad demandada (fls. 292 a 305).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de julio de 2020, ordenó a COLPENSIONES

continuar pagando la pensión de sobrevivientes a ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR a la señora ANA ELVIRA BUITRAGO MARTÍNEZ de cédula de ciudadanía 51.156.160 tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente señor GERMÁN GONZÁLEZ MURCIA que en paz descanse, a partir del 14 de febrero del año 2016. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a continuar realizando el pago de la pensión de sobrevivientes reconocía la señora ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ identificada con la cédula número 51 556 160 con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente señor GERMÁN GONZÁLEZ MURCIA, conforme a la resolución GNR 148578 del 23 de mayo 2016. **TERCERO: ABSOLVER** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora CARMEN ROSA ALVARADO, media conforme ya lo motivado. **CUARTO: DECLARAR** probada las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, propuesta por las demandas, administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES y ANA ELVIRA BUITRAGO MARTÍNEZ y no probada las demás. **QUINTO: COSTAS** de la instancia están a cargo de la demandante señora CARMEN ROSA ALVARADO MÉRIDA y la demanda COLPENSIONES, en favor de tercero excluyente señora ANA BUITRAGO MARTÍNEZ, se ordena que sean liquidadas por la Secretaría del despacho. **SEXTO: REMITIR** el expediente a la sala de decisión Laboral del Tribunal Superior distrito judicial de Bogotá, para que realice su traslado jurisdiccional de consulta”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante. Para resolverlo indicó que la demandante no acreditó haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, señaló que según lo confesó la misma demandante, en el año 2015 tuvo un disgusto con el causante y hubo una interrupción de la convivencia. Sobre el derecho de ANA ELVIRA BUITRAGO agregó que si bien está acreditado que ésta se

divorció del causante, las manifestaciones realizadas por los testigos acreditan que en el año 2005 la pareja reinició su convivencia y esta se mantuvo hasta el fallecimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se ordene el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de su representada. Para sustentar el recurso aduce que si bien existió una discusión entre la pareja, ello no indica que la convivencia y relación entre ellos finalizó, que aun cuando la demandante se fue a vivir a una vivienda de su propiedad, lo cierto es que los testigos fueron claros en manifestar que la pareja continuó frecuentándose, compartiendo y asistiendo a actividades sociales juntos. Señaló que la demandante no visitó al causante en el hospital, pues él mismo le pidió que no lo visitara en esas condiciones, y que de todas formas los argumentos referidos por el juzgado no llevan a concluir que la convivencia y relación entre la demandante y el causante hubiera finalizado o se hubiera interrumpido. Dice además, que tampoco se acreditó la convivencia del causante con ANA ELVIRA BUITRAGO, pues las declaraciones de los testigos recibidos no son suficientes para establecer el hecho, en cuanto no refieren de manera específica que el causante y su ex esposa hubieran iniciado una nueva convivencia luego del divorcio, que tampoco se acreditó que esta persona hubiere asistido o visitado al causante durante su enfermedad, ni que se hubiere mantenido esa relación de ayuda mutua.¹

¹ *“En mi calidad de apoderado de la parte demandante de la señora Carmen Rosa Alvarado Mérida me permito interponer el recurso de apelación, eh para ante el Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, que sustentó a fin de que se revoque en su totalidad la decisión tomada en este fallo y en esta sentencia, dictada en audiencia virtual y que sustentó de la siguiente manera, la sentencia básicamente se refiere a dos puntos en concreto, que es el hecho de que la señora Carmen Rosa Alvarado en razón a la mención que se hizo y que manifiesta aún, sobre un disgusto que tuvo con Germán durante los últimos tiempos, no significa ello que haya habido una ruptura de la Unión marital de la relación entre compañeros que había entre ellos, Carmen Rosa y Germán toda vez que también a pesar de que ella se trasladó a vivir a su propia casa del lugar que tenía convivencia en el conjunto residencial mirador de San Ignacio tercera etapa, no se hace la*

manifestación y por los testigos que efectivamente no se dejaron de relacionar, que estuvieron en interrelacionados en algunas actividades sociales y almorzando y compartiendo durante el último tiempo y que si bien es cierto la señora Carmen Rosa, ella así lo manifiestan los testigos no estuvo presente en el sitio de hospitalización exactamente, en la pieza o el lugar donde se encontraba enfermo Germán no significa que no haya estado cerca de la Mederi, pero fue en razón a que en petición del mismo señor Germán González Murcia que paz descanse quien solicitó que su amor, no le fuera a ver en esas condiciones en que se encontraba, que tenía la esperanza de salir pronto sano y salvo y ahí tener la posibilidad de continuar compartiendo con él, entonces ese argumento o esa posición esa consideración del juzgado no es suficiente para romper con la ininterrumpida convivencia que tuvo que el señor Germán González con su compañera permanente Carmen Rosa Alvarado. Es por ello que le solicitó a la señora juez que se conceda el recurso de apelación y para al fin que se revoque, ahora de otra parte no hay prueba alguna de la convivencia que alega o que aduce en las intervenciones al excluyente que presentó la señora Ana Elvira, en razón a que simplemente son las manifestaciones hechas por sus dos hijos que sus dos hijas y su yerno, Mario Marcel y las hijas Sandra milena y Yuli Patricia que todos se refirieron a06 la ayuda que su padre les prestaba, aún hasta la Universidad, pero no aparece ninguna prueba que indique que efectivamente con el señor Germán a partir del divorcio en el año 98, se hayan perdonado y ya hayan regresado a la convivencia y hayan reanudado, una convivencia a partir del 2005 como lo quisieron hacer ver. Ahora bien, entre otras porque tampoco se cumpliría tampoco se cumpliría con los requisitos exigidos por la norma, por el artículo 47 de la ley 100 en razón a que la señora Ana Elvira no estuvo tampoco en el hospital allí presente haciendo las diligencias, que tienen que ver con la hospitalización del señor Germán, quien precisamente enfermo desde mayo y aún de gravedad el 28 de diciembre del 2015 y que solicitó vía telefónica a su hermano Luis, que le que le llevara al hospital y es 211100..., que la señora Lucrecia junto con su hermano Luis ambos hermanos del fallecido pensionado, fueron los que los hospitalizaron al señor Germán y así está establecido plenamente en la en la historia clínica y está plenamente probado por los testimonios, aún por la misma la señora Lucrecia González, quien se hizo presente a la audiencia de instrucción, por ello la manifestación de que era por la razón a las diferencias o enemistades oh odios que pudieran existir entre los hermanos las hermanas señor Germán y la señora Ana Elvira no es suficiente aquel argumento para desmontar las circunstancias cierta y real de que la señora Elvira nunca se hizo presente en el hospital, la clínica Mederi, ósea para cumplir realmente con aquel requisito, de los 5 años anteriores a su fallecimiento, fallecimiento que ocurrió el 14 de febrero del año 2016 y ahí no aparece ninguna constancia realmente si no las simples manifestaciones de sus hijas, sobre ese aspecto tampoco aparece que la señora Ana Elvira haya realizado las actividades o las diligencias necesarias para la cremación del señor Germán González Murcia como quiera, quien hizo esas diligencias fue la hija, Sandra milena González Murcia como así aparece certificado y la prueba en el proceso, con fecha 21 del mes de febrero del 2016 expedida por jardines del apogeo, hasta el punto que la señora no se tiene certeza aún si la señora Ana Elvira haya ido al sepelio del señor Germán González Murcia hasta el punto, que ella manifiesta que cuando le pregunté que si tuvo conocimiento en qué lugar se realizaron las exequias del señor Germán, dice que en Soacha, porque allá fue que lo enterramos y resulta que el señor Germán González Murcia no fue enterrado, que él fue cremado por tanto ni siquiera tuvo conocimiento de esa circunstancia, entonces lo que sí está probado dentro del proceso es que efectivamente el señor Germán González Murcia y la señora Ana Elvira si se casaron en el año 81 por el rito católico sí y que está aprobado también según las notas marginales, que el señor Germán y la señora Ana Elvira, se divorciaron y que posteriormente liquidaron la sociedad conyugal, que está probado con los testigos que son testigos claros convincentes, espontáneos y que tienen valor como son los testimonios porque no por el hecho de ser hermanos, hecho que no fue sujeto a ninguna tacha por parte del apoderado o de los apoderados de la contraparte, estos los testigos no fueron tachados por sospecha, por tanto tienen plena validez de todo lo que allí han manifestado, de cómo el señor Germán González Murcia vivió en el municipio de Soacha y e inicialmente en el barrio Madelena, con su mamá y posteriormente con sus hermanas con Yanira posteriormente con Lucrecia y finalmente a partir de la compra que hizo de la casa en el conjunto residencial san Ignacio tercera etapa, alrededor de san Ignacio se trasladó allí a vivir desde el año 2008, en calidad habiendo liquidado como así lo manifestó en su escritura de compra cierto y que a partir del 2008 no el que se mantuvo allí viviendo, en su casa en ese conjunto estuvo en convivencia a partir del año 2010 con Carmen Rosa Alvarado Mérida y se tiene la certeza como así lo expresó en los testigos y especialmente la administradora del conjunto residencial el mirador de San Ignacio tercera etapa, que el señor Germán era allí donde convivía, por tanto no hay duda no hay duda alguna de que

el señor solamente iba que el señor no con viviera de manera permanente allí en ese lugar, en ese sitio donde fijó su residencia y sin embargo la señora juez le da la credibilidad de que solamente iba a ver las hijas que iba era a jugar tejo los jueves a compartir allí que se quedaba como lo han dicho ellas hasta el día viernes pero no existe una prueba de que él haya vivido en Soacha hasta el punto que como se ha manifestado los funerales fueron realizados en el municipio de Soacha porque allí fue donde él estuvo todo el tiempo de su vida y donde enfermo como se tiene la certeza que fue allí estando en su apartamento en su casa en el conjunto residencial el mirador de San Ignacio en donde enfermó y llamó a sus hermanos a Luis y a su hermana Lucrecia para que le hospitalizaron, donde estuvo la señora Ana Elvira, en todos estos momentos hay alguna prueba de la que la señora Ana Elvira le haya brindado amor, cariño, apoyo en sus momentos de enfermedad por el contrario hay testimonios como el de la señora Yanira como que una de las razones por las cuales se habían divorciado era porque Germán tenía problemas de hernia discal y que la señora Ana Elvira tenía temor de que el señor Germán quedará inválido y que entonces ella lo tenía que cuidar en su estado eventual de incapacidad física y que esa fue entre otras una de las razones por las cuales no encontró ese apoyo ese amor de parte de la señora Ana Elvira como no lo tuvo dentro del tiempo que manifiesta haber sido su compañera, no hay ninguna prueba que diga que ya estuvo bajo el mismo techo compartiendo techo, lecho y mezcla, por el contrario aparecen el testimonio del señor del señor Mario Marcel, un testimonio traído de los cabellos aduciendo que había estado en la Iglesia compartiendo con Sandra y con Yuly posteriormente iba a la casa y entonces tenía conocimiento de que convivía cosa que estar el virtual por las testigos Diana, Marisa, Yanira, María Margaret Elizabeth González y Lucrecia y después con la misma declaración de parte de la señora Carmen Rosa quien ha manifestado y ha presentado más fotos y más pruebas que las presentadas por la señora Ana Elvira en el sentido de que con quienes compartía realmente era con sus hermanos y con su compañera permanente Carmen Rosa Alvarado en el municipio de Soacha y que iba a la ciudad de Melgar y que iban inclusive como lo han lo manifestó la señora María Margarita Rodríguez la amiga que estuvieron también en el llano con el esposo de ella compartiendo y donde duraban más de 15 días, que cada vez que viajaban allí a compartir y que las fotos que dice haber aportado el apoderado de la parte demandada, referidas a la ropa y a la documentación del señor Germán está probado que la documentación los documentos personales y las llaves del carro y del apartamento los tomaron, las dos hijas Sandra y Yuri Patricia del señor Germán estando en su condición de enfermo moribundo allí en la en la unidad clínica Méderi por tanto que en sí efectivamente y como está probado que efectivamente porque la señora Ana Elvira no se hizo presente a la sucesión del señor Germán, en su calidad de compañera y así era que realmente la compañera y A ver que hacerse de reconocer sus 50% como compañera permanente haber iniciado el proceso de Unión marital De hecho y haber exigido a sus 50% y no aparece la tal cesión de los derechos hereditarios que alegan la señora Sandra milena y la señora y la señora Yuly Patricia que fue por esa razón que solamente le adjudicaron la camioneta y el carro y la y la casa de Soacha del señor Germán a ellas a manifestando allí que él era soltero como lo hace el apoderado y que no existe ninguna otra persona con más derechos sobre el mismo y soltería que menciona también en la historia clínica y como lo he reiterado en la escritura de compra, de la casa donde efectivamente hace la manifestación al momento de la firma allí además al depositar su firma de que el separado con sociedad conyugal disuelta y liquidada, nunca ha hecho una manifestación y todos sabemos que a esta época ya la misma corte ha considerado que la Unión marital entre compañeros es un estado civil, bien pudiera haberse allí estará determinado Unión marital con la señora fulana de tal con la señora y no lo hizo además porque era consciente de que efectivamente, no tenía esa relación de que la ruptura a partir de la ruptura a partir de su divorcio que tuvo con la señora Ana Elvira, jamás volvió a convivir cosa diferente es que él como buen padre de familia nunca abandonó a sus hijas, que efectivamente les dio su Universidad y proveía para los gastos de ella eso sí es cierto y que la iba y visitaba especialmente a su a su nieto allí hijo de Yuly Patricia Gonzales Buitrago, cierto entonces pero que siempre iba acompañado con el hijo de Yanira, cierto y que nunca se quedaba nunca se quedó en Balmoral ni tampoco en el inmueble de la calle de la carrera 150, por tanto no hay absolutamente ninguna prueba que pueda, dar lugar a que efectivamente que se tenga como cierto que aquellas manifestaciones que hace que la señora Ana Elvira y los testigos base de la solicitud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ahora finalmente señora juez resulta extraño que sí que COLPENSIONES por su por su lado haga la manifestación, como lo he mencionado que en la resolución de reconocimiento que y así lo han lo expresó aquí en sus alegatos, que el reconocimiento a ellas en calidad de cónyuge o compañera o es lo uno o es lo otro, pero si era así fue como cónyuge como lo manifiesta en la contestación de la demanda COLPENSIONES, que dice que fue como cónyuge, entonces estaría

Por su parte el apoderado de COLPENSIONES solicita en el recurso que se revoque la condena en costas impuesta, en cuanto la entidad ha actuado en aplicación de las normas que regulan la materia y no resultó vencida, pues ya había reconocido la prestación a la tercera *ad excludendum* y se absolvió de las pretensiones incoadas por la demandante.²

reconociéndolo a través de un documento falso es decir por error de hecho, todavía es que está claro y está probado en este proceso que la señora Ana Elvira y el señor Germán fueron divorciados y liquidadas sociedad conyugal, ahora si hubiese sido como compañero en la contestación hubiera dicho que era compañera pero aún está en estos alegatos que el apoderado de COLPENSIONES, sigue siendo ambivalente y sigue manifestando que se le reconoció en las dos calidades y hasta el punto que finalmente, es para salir bien librado pues simplemente manifiesta que como quiera que aparece un conflicto dice un conflicto entre la cónyuge y la compañera entonces que sea que el juez de conocimiento quien resuelva o sea ni siquiera hay en su manifestación en sus alegatos hace la manifestación de que haya habido un conflicto, entre eventualmente dos compañeras, cosa que no aparece ninguna prueba de que haya existido una Unión marital de hecho, entre compañeros de manera simultánea, es decir que el señor Germán haya tenido a su vez una unión marital de hecho entre compañeros con la señora Ana Elvira aquí a su vez haya tenido una relación entre compañeros, una convivencia bajo el mismo techo compartiendo techo, lecho y mesa con la señora Carmen Rosa Alvarado, por tanto yo le solicité finalmente a la señora juez que se sirva conceder, el recurso de apelación para el Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral a fin que se revoque en su totalidad la sentencia y en su lugar se conceda, el derecho pretendido por mi representada, Carmen Rosa Alvarado Mérida muchas gracias señora juez y a los demás miembros de la audiencia.”

² *“Interpongo recurso de apelación frente al punto quinto de la sentencia emitida por su despacho frente al tema de las costas están dentro del el término correspondiente para hacerlo su señoría. COLPENSIONES ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal según el artículo 2 de la ley 797 del 2003, se pone a consideración de los honorables magistrados, la decisión de condenar en costas a mi representada bajo los siguientes parámetros legales, que permiten al fallador de instancia obtenerse de este tipo de condena, para lo cual principalmente acudiré al artículo 48 de la Constitución Nacional de Colombia, para ello resalto el inciso 4 de este artículo, en el que se refiere que no se podrán destinar los recursos de mi representada, para fines diferentes a ellos, por lo cual es dar interpretar que el pago de costas y agencias en derechos, serían contrarios a esta perspectiva constitucional, ahora el legislador en el artículo 365 del Código General del Proceso en el numeral quinto otorgo a los jueces la posibilidad de imponer las costas procesales, en casos en que prosperen parcialmente a las pretensiones, todo esto se presenta el conflicto entre un cónyuge y una compañera permanente, en el cual no puede ser defendida por mi representada ya que la jurisdicción ordinaria laboral será quien puede determinar con certeza a cuál de las peticionarias le asiste un mejor derecho como lo fue en este caso por lo que se solicita o se solicitó absolver a COLPENSIONES de pago intereses moratorios a las costas y agencias en derecho. Mi representada actuando como ya lo dije bajo la normatividad se adhiere al artículo 34 del acuerdo 049 1990 aprobado por el decreto 158 del mismo año, norma aplicable en consideración a la integración normativa que realiza el artículo 31 de la ley 100 de 1993 que establece el artículo 34 controversia entre pretendientes beneficiarios, cuando se presente controversia entre los pretendientes beneficiarios de las prestaciones se suspenderá el trámite, de la prestación hasta tanto se decida judicialmente por medio de sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho, entonces de la anterior se extrae con claridad que COLPENSIONES está imposibilitada jurídicamente para realizar algún tipo de reconocimiento pensional a favor de la demandante circunstancia ésta que se debió tener en cuenta por parte del despacho en el momento de realizar una eventual condena en contra de mi representada como es el caso al pago de costas y toda vez que igualmente en el punto tercero de la misma sentencia nos absuelve tanto a la tercera excluyendo como a COLPENSIONES de esta forma Honorables Magistrados dejo sentada mi recurso de apelación muchas gracias su señoría.”*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES solicita en sus alegaciones que se revoque la condena en costas impuesta en primera instancia y se confirme en lo demás la decisión al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante y de la tercera ad excludendum no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si CARMEN ROSA ALVARADO MERIDA acreditó la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el causante de la pensión de sobrevivientes GERMAN GONZALEZ MURCIA falleció el día 14 de febrero de 2016 (fl. 88); **ii)** que mediante resolución GNR 148578 del 23 de mayo de 2016, COLPENSIONES reconoció pensión de sobrevivientes a ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ por el fallecimiento del causante GERMAN GONZALEZ MURCIA en condición de compañera permanente supérstite a partir del 14 de febrero de 2016 en cuantía inicial de \$2.302.834 (fls. 327 a 332);

iii) que mediante Resoluciones GNR 249549 del 24 de agosto de 2016, GNR 363166 del 1° de diciembre de 2016 y VPB 2773 del 23 de enero de 2017 la demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante CARMEN ROSA ALVARADO MERIDA (fls. 103 a 105, 108 a 111 y 113 a 116); *iv)* que el causante contrajo matrimonio católico con ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ y mediante sentencia del 9 de julio de 1999 emitida por el Juzgado 16 de Familia se decretó al cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso de la pareja y a su vez mediante escritura pública N° 1737 del 2 de septiembre de 1999 se liquidó la sociedad conyugal (fls. 32 a 46).

- **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 29 de julio de 2016, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso en el caso del compañero o

compañera permanente o en cualquier época tratándose del cónyuge.

Sobre el requisito de convivencia que define la citada norma para el cónyuge o compañero superviviente del pensionado, es pertinente aclarar que en sentencia SU 149 de 2021, la Corte Constitucional definió que esta disposición es aplicable por igual tanto al grupo familiar del afiliado como del pensionado y por ello en casos en que se resuelve el derecho a la pensión de sobrevivientes, indistintamente de que se trate de un afiliado o pensionado, deberá verificarse el cumplimiento de esta exigencia en quien aduzca la condición de compañera o cónyuge del causante. Dijo la Corte en dicha providencia, que este requisito es el medio adecuado previsto por el legislador, para garantizar que esta prestación se reconozca a quienes integran de manera cierta el grupo familiar del afiliado y no a personas que de manera ilegítima o artificiosa reclaman el reconocimiento de este derecho.

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la pensión de sobrevivientes en favor de CARMEN ROSA ALVARADO MERIDA y definió la existencia del derecho en favor de ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que CARMEN ROSA ALVARADO MERIDA, no acreditó tener conformado un núcleo familiar estable y con vocación de permanencia con el causante, para la fecha de su fallecimiento. Ello resulta claro de la confesión que realizó la misma demandante en la diligencia de interrogatorio de parte (CD. 3 hora 01:25:46) que rindió dentro del proceso, pues allí manifestó que conoció al demandante en Soacha y después de entablar una amistad iniciaron una relación, que aproximadamente en el año 2010 se fueron a vivir a una casa de propiedad del causante, ubicada en San Mateo (Soacha), que en el

año 2013 realizaron una declaración extrajuicio de convivencia y que vivió bajo el mismo techo con GERMAN GONZALEZ MURCIA hasta el año 2015, fecha en que tuvieron un disgusto y decidieron vivir cada uno en su casa con el fin de evitarle problemas con las hijas. Afirmó que aun cuando ya no volvieron a vivir desde ese momento, la relación se mantuvo y se seguían frecuentándose y saliendo cada 3 o cada 8 días, que estuvo muy pendiente de él en su enfermedad, que nunca lo visitó en el hospital porque él le pidió que no fuera pero mantuvo comunicación constante con las hermanas del causante para saber sobre su evolución.

Para la Sala y contrario a lo que aduce el apoderado de la demandante en el recurso, las manifestaciones realizadas en la diligencia de interrogatorio de la parte demandante son suficientes para concluir que CARMEN ROSA ALVARADO MERIDA no convivía con el causante para la fecha del fallecimiento y mucho menos acreditaba la condición de compañera permanente de éste, pues lo único que se deduce, es la existencia de una amistad íntima o cercana entre ellos, que no se asemeja a la conformación de un núcleo familiar estable y con vocación de permanencia, que en últimas es el que se protege a través del reconocimiento de esta prestación.

Adicionalmente, resulta pertinente hacer referencia a otras pruebas que reafirman lo hasta aquí concluido. Al efecto, obra dentro del expediente una declaración de no convivencia suscrita por el causante y CARMEN ROSA ALVARADO el 15 de febrero de 2015 (fl. 310), en el mismo sentido obra certificación expedida por la Nueva EPS donde consta que el causante excluyó como beneficiaria del sistema de salud a la demandante por separación (fl. 308). A juicio de la Sala tales documentos reafirman la conclusión de la inexistencia de una vida en común y de pareja entre la demandante y el causante.

No resultan relevantes sobre el particular las afirmaciones realizadas por DIANA CALDERON GARCIA (CD. 8 min. 09:17), quien manifestó ser la administradora del conjunto ubicado en el barrio San Mateo donde se encontraba la casa de propiedad del causante, MARIA MARGUET RODRIGUEZ CRUZ (CD. 8 hora 02:15:57), quien afirmó conocer la demandante por ser la mamá de la esposa de su hijo, ELIZABETH GONZALEZ MURCIA (CD. 8 hora 02:45:45), YANIRA GONZALEZ MURCIA (CD. 8 hora 01:13:15) y LUCRECIA GONZALEZ MURCIA (CD. 8 hora 03:11:57), quienes afirmaron ser hermanas del causante, pues si bien dichas personas manifestaron haber conocido a la demandante CARMEN ROSA ALVARADO como compañera del causante y señalaron que pese a que vivían en casas separadas ésta continuaba pendiente del causante, lo cierto es que tales afirmaciones resultan irrelevantes cuando la misma demandante y las pruebas referidas con anterioridad demuestran que la relación existente entre la pareja había finalizado por lo menos desde el año 2015 y si bien mantenían en contacto y compartían esporádicamente actividades sociales, ello no se asemeja a la existencia de una comunidad de vida ni define a la actora como compañera permanente de GERMAN GONZALEZ.

Ahora bien, sobre la convivencia del causante con la tercera *ad excludendum* ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ, puede concluir la Sala de una valoración conjunta de las pruebas aportadas, que para el momento del fallecimiento de GERMAN GONZALEZ, éstos tenían una comunidad de vida y eran compañeros permanentes.

Al efecto, es pertinente señalar que si bien el causante y ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ, estuvieron casados y mediante sentencia del 9 de julio de 1999 emitida por el Juzgado 16 de Familia se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso de la pareja y a su vez mediante escritura pública N° 1737 del 2 de septiembre de 1999 liquidaron la sociedad conyugal (fls.

32 a 46), lo cierto es que las demás pruebas aportadas permiten establecer que la pareja inició una nueva convivencia por lo menos desde el año 2005, la que se mantuvo hasta el momento del fallecimiento de GERMAN GONZALEZ MURCIA.

Sobre el particular se recibió el testimonio de SANDRA MILENA GONZALEZ BUITRAGO (CD. 8 min. 37:287), YUDY PATRICIA GONZALEZ BUITRAGO (CD. 8 hora 01:56:38), quienes afirmaron ser hijas de la pareja conformada por el causante y ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ, manifestaron que sus padres se habían divorciado en el año 1999, pero que de todas formas su papá nunca se fue completamente de la casa porque siguió respondiendo por ellas y por el hogar en general, señalaron que desde ese momento hasta el año 2005 que su papá regresó de nuevo a la casa de manera permanente, nunca más se fue y convivió con su mamá hasta el momento del fallecimiento. Agregaron que la relación con la familia de su papá siempre fue muy complicada y esto generaba muchos problemas en la relación de sus padres porque su mamá no era aceptada, dijeron que sus padres más o menos en el año 2008 compraron una casa en el Barrio San Mateo de Soacha pero ellos vivían en la calle 150, que cuando compraron esa casa su papá se quedaba casi todos los jueves y viernes allá porque tenía varios amigos en ese barrio con los que se reunía para jugar tejo y por la larga distancia y por seguridad prefería quedarse allá.

Señalaron que cuando su papá enfermó no quería ir al médico y en diciembre de 2015, cuando ya estaba muy enfermo aceptó ir al hospital y Yudy Patricia en compañía de sus tíos Luis y Lucrecia, lo llevaron a la clínica Mederi donde fue hospitalizado y permaneció hasta el momento de su fallecimiento. Dicen que por la tensa relación que tenían con la familia de su padre, luego de que su papá entró en coma, los hermanos de su papá impidieron el acceso de la mamá al Hospital, que en algunas ocasiones ellas también tuvieron problemas para el ingreso y debieron asistir a la oficina de trabajo

social del hospital para que les permitieran ver a su papá, que cuando su padre falleció, ellas fueron a la casa de San Mateo a sacar el trasteo que había en dicha casa y recogieron el carro del causante que se encontraba en ese lugar.

Ahora, si bien las hermanas del causante refirieron de manera coincidente en la diligencia de testimonio, que una vez su hermano se divorció de ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ, éste nunca más volvió a tener contacto o relación alguna con ella y que nunca tuvieron problemas con el ingreso de sus hijas al hospital, lo cierto es que en los extractos de la historia clínica del causante que obran a folios 312 a 318 consta que las hijas del causante tuvieron que asistir a la oficina de trabajo social del hospital para obtener autorización de ingreso a ver su padre, pues sus tíos les impedían ingresar, lo que a juicio de la Sala deja en evidencia la deteriorada relación familiar que existía entre ellos y le resta credibilidad al dicho de las hermanas del causante, quienes refirieron que no existía conflicto.

Por lo anterior, la Sala otorga plena credibilidad al dicho de las hijas del causante, quienes manifestaron de manera clara y espontánea que su padre convivió con su madre desde el año 2005 y hasta el momento de su fallecimiento, pues aun cuando las hermanas del causante manifestaron lo contrario, lo cierto es que como se estudió en precedencia, su dicho no ofrece mayor credibilidad en este sentido en cuanto existía una tensa relación entre las familias, lo que a juicio de la Sala les impedía conocer los pormenores del hogar del causante, mientras a sus hijas que hacían parte del mismo les consta de manera directa la situación y condiciones del núcleo familiar del actor en el momento del deceso.

Aunado a lo anterior, el testimonio de MARIO MARCEL AVILA VALBUENA (CD. 8 hora 02:26:44), quien dijo ser el esposo de YUDY PATRICIA, hija del causante, refirió en el mismo sentido que el

causante convivía con ANA ELVIRA al momento de su fallecimiento, y que tal hecho le consta porque por la cercanía familiar los visitaba constantemente, que sabía que existía una relación familiar tensa entre el núcleo familiar del causante y sus hermanos.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que el causante convivía con ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ para el momento de su fallecimiento y que dicha convivencia estuvo vigente por lo menos desde el año 2005. Precisa la Sala, que no tienen relevancia al punto de la controversia las fotos aportadas por la demandante que obran de folios 228 a 256, pues de ellas no se deduce ni se excluye la existencia de convivencia, ni tampoco tiene efecto alguno el texto de conversaciones aportadas de folios 150 a 227, pues de ellas ni siquiera se deduce quienes eran los remitentes.

En este orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió la existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes que se reclama en favor de ANA ELVIRA BUITRAGO MARTINEZ, tal como lo había reconocido previamente la entidad demandada en Resolución GNR 148578 del 23 de mayo de 2016 (fls. 327 a 332).

Finalmente y para responder el argumento de apelación de COLPENSIONES referido a que no procede la condena en costas impuesta en su contra, la Sala concluye que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, en este caso particular no era posible condenar en costas a dicha entidad, en cuanto la parte vencida en el proceso resultó ser la demandante, pues la entidad con anterioridad había definido la existencia del derecho y finalmente a quien se le negó el reconocimiento de la pensión fue a la parte demandante. Por ello se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá de la condena en costas a COLPENSIONES.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES y en su lugar ABSUELVE a esta entidad de dicha condena, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0217-2021

Radicado N° 19 2017 00287 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de prestaciones, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

PEDRO ANTONIO CAMARGO CASTRO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **LUIS ERNESTO FORERO**. Solicita que se condene al demandado al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones por todo el tiempo de la relación laboral, pide además el pago de la sanción por no

consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a laborar al servicio del demandado desde el 1° de noviembre de 1994 y le prestó servicios hasta el 18 de agosto de 2015, que la vinculación laboral se dio a través de un contrato de trabajo verbal para desempeñar el cargo de administrador en la pescadería Frío Pez Mar 2, propiedad del demandado, que debía cumplir un horario de lunes a domingo de 5 de la mañana a 6 de la tarde, que el demandado le pagaba las cotizaciones correspondientes a salud y pensión pero no le pago las prestaciones y vacaciones causadas, que el último salario devengado fue de \$1.200.000 y la relación laboral finalizó por la renuncia que presentó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LUIS ERNESTO FORERO Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que entre las partes existió una relación laboral entre 1994 y 2000, sobre el tiempo restante negó la existencia de un contrato de trabajo y adujo que desde el año 2007 realizó un negocio con el demandante denominado cuentas en participación, que consistió en la organización de un negocio para la comercialización de productos de mar donde se repartían el producido y que dicha sociedad de hecho finalizó en el año 2015 por mala administración del actor. Propuso como excepciones las de buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe e inexistencia del contrato de trabajo (fls. 27 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de

trabajo y condenó al demandado al pago de prestaciones, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indemnización moratoria. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Pedro Antonio Camargo Castro de cédula 18.912.682 y Luis Ernesto Forero identificado con la cédula 2.909.647 existieron 2 relaciones laborales la primera del 1° de enero de 1995 al 30 de abril de 2000 y la segunda entre el 1° de septiembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2014, despeñando esta última el cargo de administrador y recibiendo como última remuneración \$1.500.000, de conformidad con la parte motiva. **SEGUNDO: CONDENAR** al demandado al pago de las siguientes sumas de dinero en favor del aquí demandante. A) por concepto de cesantías \$6.165.733, B) por concepto de intereses a la cesantía son \$480.000, C) por concepto de prima de servicios \$4.000.000, D) por concepto de vacaciones \$2.000.000, E) \$33.800.000 por concepto de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, según el artículo 99 de la ley 50 del 90, generados desde el 15 de febrero de 2013 y que se cuentan hasta la fecha de terminación del contrato, F) por concepto de indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la ley 789 del 2002, la suma de \$50.000 diarios generados desde 1° de enero de 2015 hasta por 24 meses y a partir del 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación publicada por la Súper Financiera, sobre las sumas que aquí resultaron adeudadas y hasta la fecha en la que el demandado pague esa obligación. **TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción, respecto de las obligaciones surgidas de la relación laboral del 1° de enero de 1995 al 30 de abril del año 2000 y parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 30 de diciembre 2011 y no probadas las demás. **CUARTO: ABSOLVER** al demandado señor Luis Ernesto forero de célula 2.909.747 de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta sentencia. **QUINTO: CONDENAR** al demandado a las costas del proceso, se ordena que sean liquidadas por la Secretaría del despacho”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que la prestación del servicio del actor a favor del demandado fue aceptada por éste en la diligencia de interrogatorio de parte y que no logró desvirtuar la presunción del elemento subordinación, para definir los extremos de los contratos tuvo en cuenta los periodos de cotización efectuados por el demandado en favor del actor y del mismo documento obtuvo los salarios devengados.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Aduce en el recurso que la juez de primera instancia confundió el nombre de los establecimientos de comercio, en cuanto la historia laboral del actor demuestra que entre el año 2007 y 2011 las cotizaciones fueron efectuadas por una sociedad anónima denominada Dispez Riomar S.A., sociedad que su representado desconoce, pues el único establecimiento de comercio a su nombre se denomina Frío Pez Mar, dice que en ese orden solo podría declararse la existencia del segundo contrato a partir del año 2011 cuando su representado inició a realizar cotizaciones en nombre del actor. Finalmente pide que se revoque la condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria, pues aunque no se presentaron razones para acreditar el actuar de buena fe, lo cierto es que el no pago de las prestaciones no se realizó en cuanto se desconocía la existencia de la relación laboral y su poderdante siempre creyó que la relación con el actor era comercial¹.

¹ *“Con el debido respeto me permito interponer el recurso de apelación, contra la sentencia antes proferida con el fin de que el Tribunal de Bogotá la revoque en su totalidad y en contrario absuelva a mi representado de todas las condenas aquí impuestas, incurre el despacho en una falencia al confundir 2 personas, una persona jurídica y un establecimiento de Comercio, afirman tanto en la demanda como en la sentencia y es cierto, que bien mi representado es el propietario del establecimiento de Comercio denominado frío psmart2, ubicado en la plaza de paloquemao local 80 144, pero si nosotros revisamos la historia laboral, tenemos que el demandado estuvo al servicio de la de la sociedad dispares Rio mar SA desde 01/01/2007 hasta el 31/06/2011, entonces*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto definió de manera correcta la existencia de la relación laboral y sus extremos.

Por su parte la parte demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

cuando mi cliente acepta que es el propietario del establecimiento de Comercio frío pez mar, no está haciendo referencia a la sociedad anónima denominada río y mar en ese orden de ideas, entonces los extremos de la relación la segunda relación probada según el despacho no existe, empezaría por estar huérfano de prueba el 01/06/2011, que cuando empieza mi representado a hacerle algunos aportes, los aportes y el servicio lo prestó con anterioridad a una a una sociedad anónima, persona jurídica diferente a mi representado, porque así fuera que mi representado fuera el socio mayorista o propietario o como le quieran denominar, era una sociedad anónima como bien lo dice el reporte de semanas cotizadas, en este orden de ideas persona jurídica totalmente diferente tanto la persona tu corazón las diferentes no le pueden incoar las obligaciones derivadas de la relación que tuvo con la persona jurídica así sea mi representado el accionista mayoritario, de esa de esa sociedad, en ese orden de ideas entonces se debe revocar la sentencia por lo menos en esa parte, ya que como dijimos la última relación es decir a partir del 01/09/2011, no existe prueba en contrario del que no haya prestado los servicios y realmente los presto, como se dijo como una sociedad como unas una sociedad una cuenta en participación en el establecimiento de Comercio frío pez mar 2 y porque el frío pez mar 2 aquí no se explicó y no nunca lo explicamos, porque mi cliente tenía en corabastos un establecimiento de Comercio con el mismo nombre frío pez mar y aquí le pusieron a este a la sociedad frío pues mar 2, en este orden de ideas entonces no están probados los extremos de la relación laboral es que aquí se estableció, de otro lado también se debe revocar, la sentencia en cuanto a las sanciones impuestas y de derivadas del artículo 99 de la ley 50 de 1990 artículo 65 del código sustantivo del trabajo, teniendo en cuenta que si bien no se demostró no hubo ninguna prueba de la buena fe, debemos tener en cuenta que se estaba desconociendo la relación laboral, en ese mismo orden de ideas se ha dicho la jurisprudencia a sostenido pacíficamente, que cuando se discute de la existencia de la relación laboral no estoy hable porque la estas estas acciones no son automáticas, como lo dijo la señora juez, razón por la cual la nada más el desconocimiento de la relación laboral, implica que el demandado esté actuando de buena fe, en este orden de días entonces respetuosamente solicitamos al honorable Tribunal Superior de Bogotá, que revoque la sentencia en este momento recurrido, muchas gracias."

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo entre el 1° de septiembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2014 y en dado caso verificar si es procedente la condena al pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: **i)** entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 1° de enero de 1995 y el 30 de abril de 2000 (hecho aceptado por la demandada y definido por la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso).

- **Sobre la Existencia de la Relación Laboral.**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral entre el 1° de septiembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2014, que controvierte el apoderado de la demandada en el recurso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo

o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y LUIS ERNESTO FORERO entre el 1° de septiembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2014, pues en la diligencia de interrogatorio de parte el demandado aceptó ser el propietario del establecimiento de

comercio Frío Pez Mar que inicialmente funcionaba en Corabastos pero que con posterioridad funcionó también en la plaza de Paloquemao y en éste prestaba servicios PEDRO ANTONIO CAMARGO CASTRO como administrador.

Si bien el demandado manifestó que en este establecimiento él y el actor eran socios en participación y que ejecutaba su labor de manera autónoma e independiente, lo cierto es que ninguna prueba del expediente obra en ese sentido, y por tanto no cumplió con la carga de desvirtuar que dicha prestación no estuviera regida por el elemento de subordinación.

En efecto, no se aportó prueba alguna tendiente a acreditar que la prestación de servicios remunerados del actor en favor del demandado se realizara de manera autónoma e independiente, ni los documentos, ni la prueba testimonial recibida sirven para entender la ausencia de subordinación, o para establecer que la relación que existía entre las partes era comercial y obedecía al acuerdo verbal de la sociedad en participación que aduce el demandado era la que los ataba realmente.

Sobre el particular los testigos WILLIAM HERRERA ROMERO (CD. 1 hora 01:01:13) y GABRIEL MEDINA ESPEJO (CD. 1 hora 01:19:48) manifestaron ser comerciantes de pescado en la plaza de paloquemao y conocer al demandante aproximadamente desde el año 1990, dijeron que el demandado Luis Forero era el dueño del establecimiento denominado Frío Pez Mar y el demandante era el administrador de dicho negocio, que veían al actor todos los días y era el encargado de abrir, cerrar, contratar el personal y manejarlo, señalaron que vieron al actor trabajando en ese lugar más o menos hasta el año 2014 o 2015 que fue cuando don Luis vendió la pesquera, agregaron que a don Luis Forero no lo veían con frecuencia en el lugar pero que el demandante siempre estaba ahí

y era quien se encargaba de todo lo relacionado con el funcionamiento del lugar.

Del dicho de los testigos referidos y pese a que afirmaron que el actor era quien fungía como administrador y manejaba el personal de la pesquera, no puede la Sala entender desvirtuado el elemento subordinación, pues de su mismo dicho también se concluye que era el actor quien se encargaba del funcionamiento del establecimiento y quien tenía a su cargo la administración general del lugar.

Aunado a lo anterior, obra dentro del expediente copia de la historia laboral del actor en la que consta que las cotizaciones a pensión del demandante siempre se efectuaron a nombre de Luis Ernesto Forero o de Dis Pez Mar (fls. 57 y 58), lo que resulta también como indicativo de la existencia de la relación laboral en el periodo referido. Si bien el apoderado del demandado aduce en el recurso que Dis Pez Mar no es un establecimiento propiedad de Luis Forero, lo cierto es que en la identificación del aportante los periodos aportados a nombre de dicho establecimiento se registran con el número de cédula de Luis Forero, por lo que no pueden entenderse realizados por una persona distinta.

Nada diferente puede concluir la Sala del interrogatorio de parte rendido por el demandante (CD. 1 min. 34:57), pues éste solo manifestó haber desempeñado el cargo de administrador de la pesquera Frío Pez Mar, propiedad del demandado y señalar que era quien se encargaba del funcionamiento del lugar y el manejo del personal, que era quien le pagaba a los empleados luego de que el contador de Don Luis Forero llevara las nóminas liquidadas de acuerdo a la información que él debía suministrar sobre el personal que trabajaba, señaló además que el realizaba el pago de los aportes previo diligenciamiento de las sabanas correspondientes por parte del contador. De estas afirmaciones, a juicio de la Sala tampoco se

desvirtúa el elemento subordinación, pues como se refirió, lo único claro de las pruebas aportadas y de lo señalado por el mismo demandado en diligencia de interrogatorio, es que el actor prestaba sus servicios como administrador en la pesquera propiedad del demandado.

Por lo anterior la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre 1° de septiembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2014.

- Sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

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

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera

instancia que condenó al pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo y la indemnización moratoria por la omisión del demandado en el pago de las prestaciones sociales que se causaron en la relación de trabajo, pues por la forma como se desarrolló dicho vínculo bien cabía una duda razonable en el empleador sobre su obligación en el pago de las prestaciones a favor del trabajador, dado que éste era quien fungía como administrador del establecimiento de comercio y tenía cierta libertad en el manejo del personal y del lugar en cuanto el demandado no asistía con mucha frecuencia al lugar, y de esta situación podía inferir que la labor desempeñada por el actor era autónoma.

Lo anterior se deduce de los testigos WILLIAM HERRERA ROMERO (CD. 1 hora 01:01:13) y GABRIEL MEDINA ESPEJO (CD. 1 hora 01:19:48), referidos en precedencia, quienes manifestaron que el demandado no iba muy seguido a la pesquera y era el actor quien manejaba el personal y el lugar en general.

De lo anterior, a juicio de la Sala la conducta del demandado no estaba revestida de mala fe, en cuanto del desarrollo de la misma bien podía entenderse que ante su no comparecencia recurrente al establecimiento de su propiedad, el actor tenía cierto grado de autonomía que excluía el elemento subordinación y por ello la obligación del pago de prestaciones derivadas de la relación que entre ellos se ejecutó.

Por las anteriores razones, se revocaran las literales E) y F) del numeral segundo de la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá al demandado de dichos pagos.

Subsidiariamente se ordenará al demandado que realice el pago de las sumas de dinero reconocidas en favor del actor debidamente indexadas al momento en que efectúe el pago.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los literales E) y F) del numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER al demandado del pago de dichos conceptos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para establecer que el demandado deberá pagar al demandante las sumas referidas en este numeral debidamente indexadas al momento del pago, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

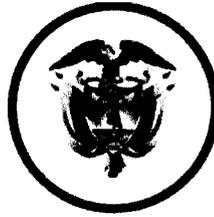
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVERO MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0222-2021

Radicado N° 21-2019-00663-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, 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 proferida el 16 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante, declaró como afiliación válida al RPM y ordenó a la AFP trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro pensional individual sin deducción por gastos de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP (fl. 316 a 317, 59:24 cd fl. 315).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 1 a 35).**

LUÍS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, ordenar a **PORVENIR S.A.** a devolver todos los conceptos recibidos por la afiliación, sin deducción en gastos de administración y en caso de haberse otorgado pensión a pagar la misma mientras es incluido en nómina de

pensionados, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió a pensión el 28 de junio de 1980, que el 07 de octubre de 1997 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le 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 solicitó a dicha AFP copia de los documentos que entregó para haber tomado la decisión de traslado de régimen, pero no le entregó los documentos, tras lo cual solicitó a **COLPENSIONES** la anulación del traslado, petición que rechazó la entidad, por lo cual requirió a la AFP anular su afiliación, petición que no se contestó. Aseguró que la pensión en el RAIS sería de \$4.983.789 mientras que en el RPM sería de \$1.589.040, diferencia que existía desde el momento del traslado.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de afiliación del demandante a pensiones en 1980, que negó la solicitud de anulación del traslado. Indicó que no obra prueba de vicio del consentimiento, notas de protesta o inconformidad con la afiliación a la AFP, la cual se realizó de forma libre, voluntaria y conforme derecho, sin que sea viable el retorno al RPM por la restricción por edad, no hizo uso del retracto, el traslado no afectó ningún derecho cierto, no se demostró ninguna causal de nulidad del negocio jurídico y de existir se saneó por el paso del tiempo y que no procede aplicar el precedente jurisprudencial porque aplica solo a personas que fueron lesionadas en sus derechos pensionales, lo cual no ocurrió en el presente asunto porque el demandante no tenía ni una expectativa legítima, correspondiendo la carga de la prueba al demandante. Interpuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no

procedencia al pago de costas en instituciones publicas administradoras de seguridad social y la genérica (cd fl. 276).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación del demandante a la AFP el 07 de octubre de 1997. Indicó que al momento del traslado de régimen pensional se brindó información cierta, clara y suficiente que permitió una decisión libre y voluntaria, explicando todas las características del RAIS conforme el deber de información, sin usar datos errados o confusos ni incurrir en negligencia, omisión o dolo y, en todo caso, las características de los regímenes pensionales y para la fecha del traslado no existía el deber legal de realizar cálculos actuariales o simulaciones y los datos para efectuarlos solo se obtienen al momento en que se consolida el derecho pensional y solo con la expedición de la Ley 1748 de 2015 y los Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 emergió la obligación de asesoría e información a afiliados y público en general. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (cd fl. 295).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 316 a 317, 59:24 cd fl. 315).

El 16 de febrero de 2021 el Juzgado Veintiuno (21) 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 el señor **LUÍS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO** al régimen de ahorro individual el 06 de octubre de 1997 con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre de 1997, por intermedio de la entonces AFP COLPATRIA hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR** a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante **LUÍS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO** tales como aportes pensionales,*

cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, los cuales de asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concede el término de un 81) mes. **TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** conforme a lo motivado. **QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de **PORVENIR S.A.**, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de **COLPENSIONES**. **SEXTO: CONSÚLTESE** esta decisión **CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de **COLPENSIONES**. (...)

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer las circunstancias del traslado de régimen pensional del demandante para determinar si proceden la ineficacia del traslado y demás pretensiones.

Para resolver indicó que el demandante se afilió al ISS el 28 de junio de 1980 y cotizó 622 semanas y se trasladó a la AFP el 06 de octubre de 1997, siendo que la H. CSJ ha indicado que el traslado de régimen pensional presupone exposición a información clara, completa y comprensible sobre los regímenes y las condiciones específicas del potencial afiliado, deber que corresponde a las AFP por el Decreto 663 de 1993 y deben demostrar que la AFP cumplió dicho deber en razón a la responsabilidad profesional y especializada del Fondo respecto el afiliado, lo cual no se demuestra con el mero formulario y el demandante no confesó haber sido asesorado, por tanto, declaró ineficaz el traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 previene la coacción en la afiliación, lo cual no ocurrió en el presente caso y para 1997 no se había desarrollado el deber de información, el cual se

desarrolló con el Decreto 2555 de 2010, de otra parte, indicó que el demandante es profesional del derecho especialista en seguridad social, por tanto, no era un afiliado lego y podía entender y conocer la normatividad y no puede alegar a su favor el desconocimiento de la Ley, siendo el único motivo de controversia la diferencia en el valor de las mesadas, además, los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 no regulan los efectos de la deficiencia en la información sino que se impida la misma, por ende, no aplican. De forma subsidiaria solicitó revocar las condenas a devolver los gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, porque es contradictorio ordenar devolver rendimientos que no se causan en el RPM y además en ambos regímenes hay gastos de administración, por tanto, el traslado de recursos procede conforme el artículo 7 del Decreto 3195 de 2008 (01:01:02 cd fl. 315).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que las pruebas acreditan que el demandante firmó el formulario de afiliación conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y no hay pruebas de vicio del consentimiento y es imposible probar hechos de hace 23 años y nadie está obligado a lo imposible, así mismo, el deber de información del Decreto 663 de 1993 se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y por ello antes no se exigía otra prueba del consentimiento informado diferente al formulario, de otra parte, el demandante no tiene régimen de transición y carece de una expectativa real para retornar al RPM y no es aplicable la jurisprudencia de la H. CSJ y pretende ignorar las normas del traslado de régimen por su inconformidad con el monto de la mesada, además, una persona que durante más de 23 años no ha cotizado al RPM no puede pedir solidaridad de dicho sistema y su retorno pone en riesgo financiero las pensiones de los afiliados del RPM porque el monto que acumuló en la AFP es inferior al necesario para pagar la mesada durante su expectativa de vida, por ende, en caso de mantenerse la condena se debe culminar a la AFP por el dinero faltante. De forma subsidiaria solicitó ordenar la devolución de todas las sumas de la CAIP sin descuentos por gastos de administración, debidamente

indexado y sin condena a costas a **COLPENSIONES** (01:09:11 cd fl. 315).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, alegando que la AFP omitió su deber de información y la consecuencia es la ineficacia del traslado; de otra parte, el apoderado principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con CC 1.129.580.577 y TP 219.992 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, quien solicitó apartarse del precedente de la H. CSJ, indicando que el demandante tiene la restricción por edad para retornar al RPM, que no se acreditaron vicios del consentimiento, que no procede invertir la carga de la prueba, que el deber de información se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y que permitir el retorno causa la descapitalización del sistema y, de forma subsidiaria, solicitó condicionar las condenas a que la AFP efectúe la evolución de los saldos de la CAIP y gastos de administración, debidamente indexados y no condenar en costas. La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, por cuanto el traslado del demandante fue libre, voluntario y consciente conforme el formulario de afiliación luego de cumplir los parámetros de las normas vigentes en ese momento, sin que pueda alegarse que la AFP tiene una posición dominante porque no se discute un contrato sino una relación cuyas condiciones y efectos son impuestos por la Ley y para 1997 no existía el deber de buen consejo, doble asesoría y de informar por escrito y además el demandante expreso en su interrogatorio que conoce información del RAIS y que el valor de la mesada no vicia el consentimiento.

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 de los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: *i)* el demandante **LUÍS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO** nació el 05 de febrero de 1961 (fl. 111); *ii)* el demandante se afilió al extinto ISS el 28 de junio de 1980 y cotizó 622 semanas (cd fl. 276); *iii)* el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación con la extinta AFP COLPATRIA hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 07 de octubre de 1997 (pag. 29 cd fl. 295) el cual se hizo efectivo el 1º de diciembre de 1997 (pag. 63 cd fl. 295); AFP donde permanece vinculada un total de 1589 semanas cotizadas a septiembre de 2020 (pag. 30 cd fl. 295).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art

13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 ibídem, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias 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. Por su parte, 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”*.

En las sentencias SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por

trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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

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 las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró ineficaz el traslado de régimen pensional del demandante, declaró como afiliación válida al RPM y ordenó a la AFP trasladar todos los recursos de la cuenta de ahorro pensional individual sin deducción por gastos de administración, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia. Indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 previene la coacción en la afiliación y ello no ocurrió en el caso bajo estudio, que para 1997 no se había desarrollado el deber de información, que el demandante es un abogado especializado en seguridad social y podía entender y conocer la normatividad, que el único motivo de controversia es el valor de la mesada, que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 no regulan los efectos de la deficiencia de la información y no aplican; de forma subsidiaria solicitó revocar la condena a retornar los gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, porque es contradictorio ordenar devolver rendimiento que no se causan en el RPM y en ambos regímenes hay gastos de administración.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que se acreditó que el demandante firmó el formulario de afiliación conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que no hay pruebas de vicios del consentimiento, que es imposible probar hechos de hace 23 años y el deber de información del Decreto 663 de 1993 se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y antes la prueba del consentimiento era el formulario, así mismo, el demandante no tiene una expectativa real para retornar al RPM y no le aplica la jurisprudencia de la H. CSJ y no puede solicitar luego de 23 años la solidaridad del RPM y poner en riesgo su sostenibilidad financiera ya que el monto de su CAIP no cubre el monto de las mesadas conforme su expectativa de vida y por ello de mantenerse la condena la AFP debe responder por el dinero faltante; de forma subsidiaria, solicitó la devolución de todos los valores de la CAIP sin descuentos e indexados y no ser condenada en costas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado

del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

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

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que 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 mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 07 de octubre de 1997 (pag. 29 cd fl. 295), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Si bien el demandante indicó en su interrogatorio de parte que es abogado desde diciembre de 1997 y que en 2015 realizó una especialización en derecho laboral y de la seguridad social (13:12 y 17:02 cd fl. 315), dichas manifestaciones no son prueba de que el 07 de octubre de 1997, fecha de la afiliación a la AFP demandada, el promotor comercial de **PROVENIR S.A.** hubiera expuesto las características de ambos regímenes pensionales, por cuanto llama la atención de esta Sala que el demandante indicó que se le informó que iba a obtener una mejor pensión en el RAIS pero no informó que se le hubiera explicado las condiciones y factores que inciden en la consolidación del derecho pensional, al punto que el interrogado afirmó que no se le informó sobre rendimientos y que no le explicaron la forma específica para lograr una mejor pensión en el RAIS (19:33 y 18:17 cd fl.315) y, si bien el demandante se especializó en seguridad social, ello fue hasta 2015, es decir, 18 años después de la afiliación y cuando el demandante ya tenía 54 años y no podía retornar al RPM por la restricción por edad.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad

de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 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.

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

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. *estacionaria de voto.*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE ARBOLEDA GIRALDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2019 00663 01

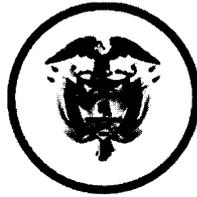
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0230-2021

Radicado N° 23 2019 00211 02

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial correspondiente a la cotización a pensión de septiembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OLGA CARRERO CARRERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **HEALTHFOOD S.A.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 6 de febrero de 2015 y el 12 de abril de 2018. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene a la demandada al pago del aporte a pensión correspondiente a septiembre de 2017, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, sanción por no

consignación de cesantías a un fondo, sanción moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que laboró al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 6 de febrero de 2016 y el 12 de abril de 2018; que dicho contrato finalizó por renuncia. Aduce que a la terminación del contrato la demandada no le canceló las prestaciones y vacaciones adeudadas; que el 31 de agosto de 2018, suscribió un contrato de transacción con la demandada, en el cual ésta se comprometió a pagar la liquidación final de prestaciones en la suma total de \$3.135.728, que la cláusula quinta del acuerdo definía que no se generaba el reconocimiento de indemnización alguna por el actuar de buena fe de la sociedad, que la demandada no cumplió con realizar el pago en la fecha establecida lo que evidencia su mala fe y contraria lo establecido en el acuerdo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HEALTHFOOD S.A. dio contestación a la demanda a través de curador *ad litem*. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral y el contrato de transacción suscrito, frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepción la de prescripción (fls. 126 a 133).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de octubre de 2020, condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial correspondiente a la cotización a pensión de septiembre de 2017. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR entre la sociedad HEALTHFOOD S.A. y la señora OLGA CARRERO CARRERO, identificada con cédula de ciudadanía 41.647.659, se verificó un contrato de trabajo término indefinido cuya vigencia se establece entre el 6 de febrero de 2016 y 12 de abril de 2018, mediante la cual se desempeñó en el cargo de auxiliar de alimentos. **SEGUNDO: CONDENAR** a HEALTHFOOD S.A. a reconocer y pagar a la señora OLGA CARRERO CARRERO en las condiciones civiles anteriormente indicadas, las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos. A) aporte a pensión para el periodo comprendido entre el 1° y el 30 de septiembre de 2017, aporte que deberá cancelarse conforme al cálculo actuarial realizado por la AFP Porvenir, a la cual se encuentra afiliada la demandante, dicho cálculo se deberá efectuar sobre el promedio de lo devengado para este mes que sería \$884.383, conforme a lo señalado en la parte considerativa. **TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones de la demanda. **CUARTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de cosa juzgada, tal y como se consideró en la parte motiva de la sentencia. **QUINTO: Sin costas”**

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es válido el acuerdo transacción celebrado entre las partes y si es procedente la condena al pago de las acreencias que se reclaman. Para resolverlo indicó que no existe duda sobre la existencia de la relación laboral que se ejecutó entre las partes y que estuvo vigente entre el 6 de febrero de 2016 y el 12 de abril de 2018. Agregó que el acuerdo de transacción celebrado entre las partes es completamente válido en cuanto definió la obligación de la demandada de realizar el pago de las prestaciones adeudadas a la demandante y se pactó el no pago de indemnizaciones, luego del texto se deduce que se transaron los derechos inciertos y discutibles pero nada se transó sobre derechos ciertos y discutibles, pues respecto de éstos se dispuso el pago de lo adeudado a la demandante, refirió que el juzgado realizó las operaciones de las prestaciones adeudadas y este valor resulta inferior al que canceló la demandada. Sobre las acreencias reclamadas por la demandante, declaró probada de oficio la excepción de cosa juzgada en cuanto dichas prestaciones quedaron incluidas en

el acuerdo de transacción celebrado entre las partes, señaló que si la demandada no ha cancelado dichos valores la demandante podrá iniciar una acción ejecutiva para obtener el pago de dichos valores y además la actora recibió el pago de dichos dineros. Frente al pago de los aportes a la seguridad social condenó a la cotización correspondiente al mes de septiembre de 2017, que la demandada no acreditó haber realizado y precisó que ésta debe cancelarse previo cálculo actuarial que realice el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la demandante.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso aduce que el acuerdo de transacción suscrito entre las partes carece de validez en cuanto compromete derechos ciertos y discutibles de la trabajadora, dice que el acuerdo se realizó precisamente sobre las prestaciones adeudadas a la terminación del contrato lo que contraría lo definido en el artículo 15 del CST, que debe tenerse en cuenta que de todas formas la trabajadora no recibió el pago de lo acordado y por ello debe declararse la nulidad de tal acuerdo y ordenar el pago de las prestaciones e indemnizaciones correspondientes. Agrega que en virtud de lo establecido en el artículo 2469 del Código Civil la transacción no es la simple renuncia de un derecho que no se está disputando y en ese orden es procedente ordenar el pago de las sanciones por mora correspondientes¹.

¹ *“Su señoría con todo respeto, me permito e interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de dictar y lo sustento en los siguientes términos, primeramente me permito hacer claridad con respecto al contrato de transacción que básicamente es el objeto de las pretensiones principales de la demanda que la cláusula tercera, la cláusula cuarta, del contrato de transacción, hacen referencia al pago de la liquidación final a la terminación del contrato laboral, esta liquidación corresponde a los derechos ciertos e indiscutibles y en ese sentido no hace referencia a una suma adicional, como se indicó en el fallo o en la sentencia en la parte considerativa, no hace referencia a ninguna suma adicional que se le iba a pagar a la señora Olga Carrero Carrero, por ende es fácil interpretar que la liquidación final correspondía a los derechos ciertos e indiscutibles, que fueron transados, segundo esto mismo se puede determinar con la misma cláusula quinta, que aparece seguía donde el empleador estipula, que mera liberalidad se tratan los derechos ciertos e indiscutibles y establece que se renuncia a cualquier tipo de derecho incierto indiscutible y en ese sentido que sea suficientemente claro el contrato de*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegaciones.

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 interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir la validez del contrato de transacción celebrado entre las partes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: **1)** entre la demandante y HEALTHFOOD S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 6 de febrero de 2016 y el 12 de abril de 2018; que la demandante se

transacción, en el sentido de que el mismo empleador determinó, que no iba a haber ningún pago de derechos inciertos y discutibles, por ende la liquidación final del contrato que se hizo obedeció a los derechos ciertos e indiscutibles y no hay ningún pago de ninguna suma adicional, por ende esta parte en ese sentido solicito se declare la nulidad del contrato de transacción, toda vez que era suficientemente claro corroborar, que efectivamente dicha liquidación se reitera correspondía a los derechos ciertos e indiscutibles, que conforme a la normativa legal colombiana específicamente el artículo 2469, del Código Civil, inciso segundo no es transacción la simple renuncia, a un derecho que no se estaba disputando, en ese orden de ideas su señoría también me permito traer a colación, que el artículo 15 del código sustantivo del trabajo establece, que la transacción no puede recaer sobre los derechos ciertos e indiscutibles, ahora bien y entendiendo que los derechos ciertos e indiscutibles, fueron objeto de transacción dentro de este documento, esta parte manifestó que la señora Olga Carrero efectivamente no tuvo ningún provecho, toda vez que el hecho de que se hayan tranzado los derechos indiscutibles, mediante el empleador no le está haciendo ningún favor a la señora Olga Carrero Carrero, no le estaba reconociendo ninguna suma adicional, por ende esta parte considera que es totalmente válido, que se declarara la nulidad del contrato de transacción y en efecto, se condenará al empleador al pago de los derechos ciertos e indiscutibles, pero además al pago de la cláusula de que trata el artículo 65 y al pago de la cláusula al pago de la de la moratoria, de que trata el artículo 99 de la ley 50 del 90 numeral tercero. En ese sentido señoría dejo fundamentados mi recurso de apelación."

desempeñaba como auxiliar de alimentos y devengaba un salario mínimo legal mensual vigente (hechos definidos por el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); **ii)** que el 31 de agosto de 2018 las partes suscribieron contrato de transacción y pactaron el pago de la suma de \$3.135.728 a favor de la demandante (fl. 10).

- **Sobre el contrato de transacción.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que en materia laboral los artículos 14 y 15 del CST otorgan validez a la transacción entre las partes del contrato de trabajo, siempre y cuando no se desconozcan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, es decir, derechos respecto de los cuales no haya duda alguna del sustento normativo que los genera, ni duda de la ocurrencia de los supuestos que la norma contempla para que se causen.

En el caso bajo estudio, aduce el apoderado de la parte demandante que el contrato de transacción suscrito entre las partes el 31 de agosto de 2018, carece de validez en cuanto incluye derechos ciertos y discutibles de la trabajadora. Al revisar el contenido de dicho contrato (fl. 10), se advierte que la cláusula tercera define: *“Revisado por las partes la liquidación del contrato, se declara que el EMPLEADOR debe por este concepto el valor de \$3.135.728”*. De ello, se deduce que las partes estimaron en dicho valor, las prestaciones que se adeudaban a la terminación del contrato y por ello la Sala definirá el valor de las mismas para establecer si el acuerdo desconoce los derechos ciertos y discutibles de OLGA CARRERO CARRERO.

Para el efecto, la Sala tendrá en cuenta las manifestaciones realizadas por la demandante al absolver interrogatorio de parte (CD. 1, audio 1 min. 07:32), donde refirió de manera clara que durante la relación laboral devengó un salario mínimo legal

mensual vigente y a la terminación del contrato se le adeudaba el valor de las cesantías e intereses a la misma correspondientes al año 2016, 2017 y 2018, la prima de servicios del año 2018, las vacaciones de los años 2017 y 2018 y el salario del 1° al 12 de abril de 2018.

| DIAS | SALARIO + AUX TRANSPORTE | VALOR CESANTÍAS | VALOR INTERES A LAS CESANTIAS | VALOR PRIMA DE SERVICIOS |
|------|-----------------------------|---------------------|--|--------------------------------|
| 325 | \$ 767.155 | \$ 692.570 | \$ 75.028 | |
| 360 | \$ 820.857 | \$ 820.857 | \$ 98.502 | |
| 101 | \$ 869.453 | \$ 243.929 | \$ 8.212 | \$ 243.929 |
| | TOTAL | \$ 1.757.356 | \$ 181.742 | \$ 243.929 |

| VACACIONES | | | |
|------------|--------------|------------|---------------------|
| AÑO | DIAS | SALARIO | VALOR VACACIONES |
| 2017 | 360 | \$ 737.717 | \$ 368.858 |
| 2018 | 101 | \$ 781.242 | \$ 109.590 |
| | TOTAL | | \$ 478.448 |

SALARIO ABRIL 2018 (12 días): \$347.781

TOTAL VALORES ADEUDADOS: \$3.009.256

Teniendo en cuenta las operaciones aritméticas que preceden se advierte que el contrato de transacción suscrita entre las partes no desconoce los derechos ciertos y discutibles de la trabajadora en cuanto lo valores a pagar determinados en dicho acuerdo, son levemente superiores a lo que corresponde a la demandante por concepto de salarios, prestaciones y vacaciones adeudadas, razón por la cual concluye la Sala en la validez del acuerdo, lo que impone la confirmación de la decisión de primera instancia.

Precisa la Sala que definida la validez del acuerdo no procede el reconocimiento de la indemnización moratoria que reclama el recurrente, pues en el acuerdo suscrito las partes pactaron que no se causaba indemnización alguna, por ello y al constituir éste un derecho incierto y discutible por no ser de aplicación automática, se

entiende que sobre su reconocimiento operó la excepción de cosa juzgada que definió probada el juez de primera instancia.

Para responder el argumento de apelación referido a que la demandada no ha efectuado el pago de los valores establecidos en la transacción, debe señalar la Sala que dicho documento constituye un título ejecutivo y por ello, el pago de los valores pactados puede exigirse por la vía judicial pertinente.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0224-2021
Radicado N° 24-2019-00519-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, 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 proferida el 09 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz la afiliación de la demandante a la AFP y señaló que para todos los efectos legales permaneció en el RPM, ordenó a la AFP trasladar todos los valores recibidos sin descuentos por gastos de administración y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación y actualizar la historia laboral de la demandante y no condenó en costas (fl. 184 a 185, 01:12:12 cd fl. 183).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 33).**

MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS, que se encuentra legalmente afiliada al RPM y que tiene derecho a la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003; en consecuencia, condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES**

y a esta a reconocer la pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 22 de abril de 1960, que se afilió al extinto ISS y cotizó 841,57 semanas; que el 23 de febrero de 2004 se afilió a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada y contraria a sus intereses pensionales; aseguró que contrató una asesoría particular y se enteró de que recibió información engañosa, por lo cual solicitó el 07 de junio de 2019 a la AFP anular su afiliación y el 05 de junio de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al RPM y el 28 de junio de 2019 le requirió su pensión de vejez, peticiones que rechazaron las demandadas.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, sus cotizaciones al ISS, su traslado de régimen pensional en 2004 y que negó sus solicitudes de 2019. Indicó que la demandante esta válidamente afiliada al RAIS en virtud de la decisión libre y voluntaria de afiliarse a la AFP, quien no demostró vicio en el consentimiento ni ninguna otra causal de nulidad, sin que sea procedente su retorno al RPM por la restricción por edad y la demandante, como consumidora financiera, tiene derechos pero también los deberes de informarse de las condiciones de los sistemas pensionales, sin que la Administradora pueda resultar afectada por un negocio jurídico (afiliación) en la cual no participó. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de afiliación, error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica (fl. 111 a 123).

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

pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la decisión de afiliación fue libre de presiones o engaños, tal y como aceptó por escrito la demandante en el formulario de afiliación, documento que se presume autentico conforme los artículos 243 y 244 CGP y el artículo 54A CPTSS, además le garantizó el derecho de retracto y el término de gracia de traslado de la Ley 797 de 2003 mediante publicaciones en diarios, además las condiciones de cada régimen son accesibles porque están consagradas en la Ley, siendo que la Circular 019 de 1998 de la Superfinanciera exige como única condición para la validez del traslado la expresión de la voluntad mediante el diligenciamiento del formulario, siendo improcedente su retorno al RPM por la restricción de la edad. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 131 a 167).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 184 a 185, 01:12:12 cd fl. 183).

El 09 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora **MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA**, identificada con CC 51.652.772 a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** suscrita el 23 de febrero de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora **MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA**, identificada con CC 51.652.772, 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA**, identificada con CC 51.652.772, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante al momento en que se efectúe el traslado en su cuenta de*

ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, sin realizar deducción alguna, de los que no debe deducir los gastos de administración que deberán ser asumidos con su capital propio, conforme a la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA, identificada con CC 51.652.772, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que pueda tener derecho la demandante. SEXTO: Declarar no probada la excepción de prescripción. SÉPTIMO: sin condena en costas en la instancia. OCTAVO: En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES. (...)”.

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar nulo el traslado de régimen pensional de la demandante y demás pretensiones, incluida el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Para resolver indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 consagró la libertad de selección de régimen pensional y el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 establece el deber de brindar información para la selección y la H. CSJ ha señalado que el incumplimiento de dicho deber a cargo de la AFP causa la ineficacia de la afiliación porque la selección libre y voluntaria implica conocer información completa y comprensible de los regímenes y no basta una simple manifestación o llenar un formulario, siendo la carga de la prueba de la AFP, quien no acreditó que cumplió dicho deber al momento de la afiliación porque el formulario no basta para conocer la forma como se dio la asesoría, omisión que conlleva a la ineficacia del traslado, pero como la historia laboral de **PORVENIR** está incompleta no se puede fijar la pensión en sede judicial.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el

fallo y condenas. Señaló que la ineficacia del traslado implica acreditar un dolo conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo cual no se demostró; de otra parte, la AFP cumplió su obligación de información y la prueba de ello se plasmó en el formulario, documentó público que se presupone autentico y no fue tachado, sin que sea exigible una tarea adicional a la vigente para esa época para acreditar la asesoría, pese lo cual el comportamiento de la actora permite inferir su deseo de permanecer en el RAIS; aseguró que el retorno al RPM descapitaliza el Sistema de Pensiones al desconocer al restricción por edad, la cual es constitucional conforme la sentencia C-1024 de 2004; manifestó que la demandante no cumplió sus deberes como consumidora financiera; de forma subsidiaria, aseguró que los gastos de administración son prescriptibles porque no financian la pensión y que ordenar su entrega genera un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES** (01:14:36 cd fl. 183).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no participó ni tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico de afiliación celebrado entre la demandante y la AFP, por tanto el principio de relativa jurídica conlleva que no pueda ser afectada por dicho negocio; señaló que la obligación de información es a cargo de la AFP, quien lo incumplió, por tanto es ella quien debe asumir las consecuencias y asumir el reconocimiento pensional de la demandante así sea aplicando las condiciones del RPM, ya que permitir el retorno de la demandante al régimen público afecta la sostenibilidad financiera del mismo; en caso de que se confirme la condena, solicitó ordenar a la AFP devolver todos los recursos sin deducción alguna (01:19:54 cd fl. 183).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia, por cuanto la AFP no logró demostrar el cumplimiento diligente de su deber de información y ello implica la ineficacia del traslado de régimen pensional.

El apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo y absolver de toda condena, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento, no se demostró el dolo que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ni las causales de ineficacia del artículo 899 CCO, brindó asesoría al momento del traslado y la conducta de permanecer en el RAIS por 17 años ratifica la voluntad de afiliación a la AFP, sin que sea viable imponer cargas no exigidas normativamente al momento del traslado y no procede devolver los gastos de administración.

La apoderada sustituta de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque las pruebas acreditan que la demandada se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria, conforme el formulario de afiliación que impuso condiciones que no fueron rechazadas por la afiliada, quien permaneció en el fondo y nunca presentó inconformidad, sin que sea viable el retorno al RPM por la restricción por edad, siendo que para la fecha del traslado la obligación era solo brindar información siendo desmedido exigir una proyección o el deber de asesoría y buen consejo, sin que sea procedente la inversión de la carga de la prueba.

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 del recurso

de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: *i)* la **MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA** nació el 22 de abril de 1960 (fl. 59); *ii)* la demandante se afilió al extinto ISS el 18 de noviembre de 1980 y cotizó 841,57 semanas (cd fl. 124); *iii)* la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 23 de febrero de 2004 (fl. 168), AFP donde permanece vinculada un total de 1625 semanas cotizadas a junio de 2019 (fl. 39).

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

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias 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. Por su parte, 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”*.

En las sentencias SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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

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 las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación de la demandante a la AFP y señaló que para todos los efectos legales permaneció en el RPM, ordenó a la AFP trasladar todos los valores recibidos sin descuentos por gastos de administración y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación y actualizar la historia laboral de la demandante y no condenó en costas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo de primera instancia. Indicó que no se acreditó dolo de la AFP conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que la AFP cumplió su deber de información conforme el formulario y el comportamiento de la demandante, que el retornó al RPM lo afecta financieramente por no acatar la restricción por edad; que la demandante no cumplió sus deberes como consumidor financiero, subsidiariamente indicó que los gastos de administración

son prescriptibles y ordenar su pago genera un enriquecimiento sin causa a **COLPENSIONES**.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo de primera instancia. Indicó que no participo ni tuvo injerencia en el negocio jurídico de afiliación a la AFP y que dicho acto jurídico no le puede generar consecuencias, que si la AFP no cumplió su deber de información es ella quien debe asumir el reconocimiento pensional porque permitir el retorno al RPM afecta su sostenibilidad financiera; de forma subsidiaria solicitó ordenar a la AFP a devolver todos los recursos sin deducción alguna.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

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

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por

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

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que 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 existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 23 de febrero de 2004 (fl. 168), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

En cuanto el reproche de **PORVENIR S.A.** de que la demandante no cumplió sus deberes como consumidora financiera, lo cierto es que conforme los antecedentes normativos expuestos, es la AFP quien tiene la responsabilidad profesional de informar a su potencial afiliado las

características y condiciones de los regímenes pensionales y exponer todas las condiciones y circunstancias que inciden en la formación del derecho pensional, sin que pueda trasladar el cumplimiento de tal deber al afiliado alegando que es responsabilidad de éste informarse por su cuenta sobre el Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, esta Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino del traslado del régimen pensional de la demandante, por cuanto conforme los antecedentes jurisprudenciales expuestos la sanción de ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

Así mismo, se ordenará a **PORVENIR S.A.** la devolución de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las cuales deberán ser devueltas indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, de conformidad con la posición jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL4174 de

2021, SL4059 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, 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, advirtiendo que no le asiste razón en su argumento de que no le son oponibles consecuencias derivadas de la ineficacia del traslado, por cuanto la declaratoria de ineficacia del traslado pensional conlleva a considerar que la demandante siempre ha permanecido afiliada al RPM, el cual es administrado por **COLPENSIONES**.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante **MARTHA LUCIA RAMÍREZ HIGUERA**, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación de la demandante.

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

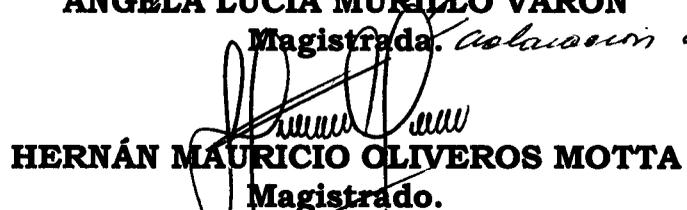
CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA RAMIREZ HIGUERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00519 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

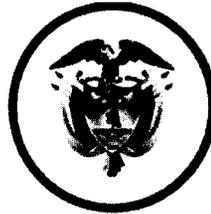
Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte 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 y STP-2166-2021, 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.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0225-2021

Radicado N° 26-2019-00485-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, condenó a la AFP a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes y rendimientos sin descuentos por conceptos administrativos y a la administradora pública a recibir dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas y condenó en costas a la AFP (fl. 181, 27:52 cd fl. 180).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 15, 42).**

ROSA MARÍA FLOREZ BERNAL solicitó declarar nulo e ineficaz su traslado del RPM al RAIS; en consecuencia, ordenar a **PORVENIR S.A.** trasladar los aportes, frutos e intereses y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación; condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 03 de febrero de 1963; que se afilió al extinto ISS, donde cotizó 650 semanas; que en 1998 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada y contraria a sus intereses pensionales; aseguró que en 2019 la AFP le efectuó una proyección pensional de \$1.369.600 mientras que la pensión en el RPM sería de \$2.480.000 y que el 23 de mayo de 2019 agotó la vía gubernativa.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación de la demandante al extinto ISS y su traslado al RAIS en 1998. Indicó que la demandante no acreditó vicio del consentimiento o la falta de información, por tanto, su afiliación a la AFP tiene plena validez y es producto de la libertad de selección de régimen pensional. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe (fl. 86 a 90).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que le efectuó proyección pensional. Indicó que la demandante realizó su traslado de régimen pensional de forma libre, espontánea e informada tras recibir una asesoría verbal con la información suficiente para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias del traslado de régimen, sin que la demandante sea una afiliada lega porque efectuó traslado de AFP a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, recibiendo una nueva asesoría y ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS y la demandante, como consumidora financiera, tiene múltiples mecanismos para establecer las condiciones, ventajas y desventajas del RAIS, como acudir a la Ley

100 de 1993 y el deber de brindar una asesoría compleja nación con el Decreto 2241 de 2010 y el deber de hacer comparaciones y proyecciones empezó con el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 2071 de 2015, normas que no habían sido expedidas al momento del traslado. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 93 a 117).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 181, 27:52 cd fl. 180).

El 28 de enero de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ROSA MARÍA FLOREZ BERNAL, identificada con C.C. 35.518.005, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de septiembre de 1998, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000) (...)”.

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ ha sostenido que la AFP debe garantizar una decisión informada como presupuesto de la manifestación libre y voluntaria de elección de régimen pensional y tal deber de información existe desde la creación de las AFP y no se prueba con el consentimiento surtido en un formulario, por ello la AFP tiene la carga de la prueba de que cumplió diligentemente el deber de

asesoría, siendo que en el caso se demostró que la demandante se trasladó del RPM al RAIS en 1998 y en su interrogatorio manifestó conocer que tenía un capital que generaba rendimientos, sin embargo, ello no es prueba de que se le informó de forma completa como iba a obtener el beneficio pensional y bajo qué condiciones y variables, aspecto de los que no hay prueba que fueran informados, por ende declaró la ineficacia.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, por cuanto la demandante se afilió de forma libre y voluntaria a la AFP y tenía plena capacidad para tomar dicha decisión conforme el artículo 1503 CC, mientras que la AFP cumplió con cabalidad el deber de información en los términos exigidos por el Decreto 663 de 1993 sin que le sea oponible el nivel de rigurosidad exigido en la demanda y sentencia; de otra parte, la demandante demostró conocer el RAIS y señaló estar conforme con sus rendimientos y por eso no se trasladó al RPM, por tanto su única inconformidad es el monto pensional y tal aspecto no genera nulidad. De forma subsidiaria solicitó revocar la condena a la devolución de gastos de administración y descuentos por seguros provisionales, los cuales ya fueron usados conforme su destinación legal, sin que sea viable obligar a la EPS a retornar los mismos y al mismo tiempo devolver los rendimientos, siendo imposible asumir tal condena (29:04 cd fl. 180).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo de primera instancia, por cuanto existen suficientes elementos de prueba que acreditan que el traslado pensional de la demandante fue libre y voluntario y que se le

suministró la información clara y precisa sobre los efectos del mismos y las características del RAIS y no es viable imponer a la AFP obligaciones y cargas probatorias no previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado.

De otra parte, la firma apoderada principal de la demandada **PORVENIR S.A.**, actuando a través de la Dra. Brigitte Natalia Carrasco Boshell, identificada con CC 1.121.914.728 y TP 288.455 del C.S.J., a quien se reconocer como apoderada de dicha demandada, solicitó revocar el fallo, por cuanto el traslado de la demandante fue libre, voluntario y consciente, tal y como lo prueba el formulario de afiliación, cumpliendo la AFP su deber de información según los parámetros normativos vigentes para ese entonces, además, el interrogatorio de la demandante demuestra que recibió asesoría de cómo funcionan el RPM y el RAIS, sin que la inconformidad sobre el monto pensional sea causa de nulidad, de forma subsidiaria, reiteró la petición de no condena a gastos administrativos y sumas previsionales, advirtiendo que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 no consagró la devolución de dichos conceptos en los traslados de recursos. La parte demandante se abstuvo de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite 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 66^a y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: *i)* la demandante **ROSA MARÍA FLOREZ BERNAL** nació el 19 de diciembre de 1959 (fl. 16); *ii)* la demandante se afilió al extinto ISS el 02 de junio de 1988 y cotizó 534,57 semanas (cd fl. 85); *iii)* la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 14 de septiembre de 1998 (fl. 118) el cual se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1998 (fl. 121); *iiii)* la demandante se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 08 de noviembre de 2000 (fl. 176vto), el cual se hizo efectivo el 1º de enero de 2001 (fl. 121), AFP donde permanece vinculada un total de 1713 semanas cotizadas a febrero de 2020 (fl. 131).

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 ibídem, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Igualmente, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias 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. Por su parte, 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”*.

En las sentencias SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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

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 las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, condenó a la AFP a trasladar a **COLPENSIONES** los aportes y rendimientos sin descuentos por conceptos administrativos y a la administradora pública a recibir dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas y condenó en costas a la AFP.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo de primera instancia. Indicó que la demandante se afilió de forma libre y voluntaria a la AFP y tenía plena capacidad para tomar dicha decisión; que la AFP cumplió a cabalidad el deber de información conforme la normatividad vigente; que la demandante demostró conocer el RAIS, que estuvo conforme con los rendimientos y que su única inconformidad es el monto pensional. De forma subsidiaria solicitó revocar la devolución de gastos de

administración y descuentos por seguros previsionales, por cuanto fueron usados conforme la destinación legal y es imposible de cumplir.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

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

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la

CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que 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 existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, efectuada el 14 de septiembre de 1998 (fl. 118) y el posterior traslado hacia la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 08 de noviembre de 2000 (fl. 176vto), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Si bien la demandante indicó en su interrogatorio que consideró retornar al RPM antes de la restricción por edad y que no tomó dicha decisión porque vio que su monto en capital era bueno (36:03 cd fl. 173), aclaró su manifestación indicando que hacía referencia a que observó que en sus extractos que el capital iba creciendo a medida que iban sumándose sus aportes (40:42 cd fl. 173) y, en todo caso, la revisión integral del interrogatorio de la promotora del litigio permite concluir que no confesó haber recibido una información completa y detallada de ambos regímenes pensionales, al punto que indicó que los extractos de la AFP dicen muchas cosas pero no los entiende y no sabía si estaba bien o mal y que si se le hubiera indicado que el monto ahorrado se lo darían por meses a lo largo de su vida se hubiera trasladado al RPM

(37:40 cd fl. 173) y que hubiera bastado una proyección para aclarar las cosas y saber si se afiliada o no a la AFP (40:39 cd fl. 173).

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

Así mismo, se ordenará a **PORVENIR S.A.** la devolución de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las cuales deberán ser devueltas indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, de conformidad con la posición jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL4174 de 2021, SL4059 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, 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.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante.

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.

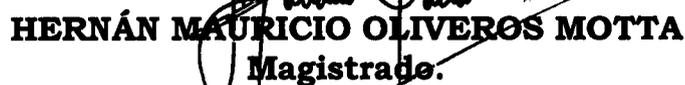
TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. *relación de voto*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSA MARÍA FLOREZ BERNAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00485 01

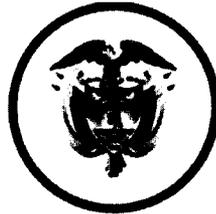
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0219-2021

Radicado N° 28 2019 00548 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUCIA CRISTINA MARTINEZ DELGADO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 21 de enero de 1964, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 19 de febrero de 1987 y el 30 de junio de 1999 y realizó cotizaciones a dicha entidad por 227.43 semanas, que en junio de 1999 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN), y con posterioridad en agosto de 2001 se trasladó a la AFP COLFONDOS, aduce que para el momento del traslado ninguna de las AFP demandadas le brindó información pertinente, veraz y oportuna sobre el traslado de Régimen pensional y sobre las implicaciones del mismo. Agregó que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS. Dice que el 25 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe (fls. 116 a 126).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fls. 141 a 154).

COLFONDOS PENSIONES Y CERSANTÍAS S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda (fl. 175).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LUCIA CRISTINA MARITNEZ DELGADO al RAIS con fecha 3 de mayo de 1999 por intermedio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y en consecuencia, declarar como válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP COLFONDOS a

*trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LUCIA CRISTINA MARTINEZ DELGADO identificada con CC. 51.754.154 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO:** Las costas de esta instancia están a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., señalándose como agencias en derecho la suma de \$600.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo estudio no se probó la existencia de vicio de nulidad alguno en el acto que suscribió la demandante y que por el contrario ésta válida su afiliación al RAIS con el tiempo de permanencia en el mismo y por ello no hay lugar a declarar la nulidad solicitada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

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

El apoderado de la parte demandante por su parte, solicita que confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Los apoderados de PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 21 de enero de 1964 (fl. 33); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 19 de febrero de 1987 y el 30 de junio de 1999 por un total de 227.43

semanas (fls. 34 y 35); *iii*) que el 3 de mayo de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA (hoy PROTECCIÓN) (fl. 195); *iv*) que el 24 de agosto de 2001 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 44); *v*) que el 25 de junio del 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional y la entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 48 y 52).

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

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

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

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos

que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUCIA CRISTINA MARTINEZ DELGADO se trasladó a AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN) el 3 de mayo de 1999 (fl. 195), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD1. min. 25:38), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, el asesor del fondo fue a su lugar de trabajo y le dijo que el seguros se iba acabar y que la mejor y única opción para su pensión eran los fondos privados, pero no se le brindó asesoría pormenorizada de las implicaciones de dicho acto.

Tampoco se establece nada relevante del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la AFP PROTECCIÓN (CD. 1 min. 15:30), pues éste solo manifestó no haber estado

presente en el momento del traslado y que por regla general los asesores están instruidos para que brinden la información necesaria a los futuros afiliados.

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

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019, adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCIÓN debe asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, y en ese sentido se adicionará la sentencia apelada.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUCIA CRISTINA MARTINEZ DELGADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

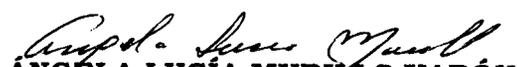
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00548 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0226-2021

Radicado N° 29-2019-00285-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de la demandada **PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional y como única afiliación válida la del RPM, ordenó la devolución de los saldos de la CAIP sin descuento alguno y a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral y se abstuvo de condenar en costas (fl. 246 a 247, 36:17 cd fl, 245).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 96 a 108).**

CLODOBALDO BERMÚDEZ solicitó declarar nula su afiliación a **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, condenar a la AFP a reconocer 232,86 semanas cotizadas al momento de traslado y a trasladar sus aportes y rendimientos y a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 24 de octubre de 1960; que se afilió a pensiones el 26 de abril de 1989 y cotizó hasta el 30 de noviembre de 1995 y luego se vinculó a la DIAN desde el 1° de marzo de 1996; que el 26 de febrero de 1999 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales.

Señaló que la AFP realizó proyección pensional el 1° de febrero de 2019 y le indicó que su mesada a 62 años sería de \$781.242, mientras que en el RPM sería de \$3.963.443, por tanto, el 21 de febrero de 2019 solicitó a dicha AFP anular su afiliación por engaño y la copia de las comunicaciones o pruebas de la presunta asesoría que se le brindó en 1999 y ese mismo día solicitó a **COLPENSIONES** aceptar su afiliación al RPM, entidades que rechazaron su traslado al RPM.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, la fecha de traslado y que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que las pretensiones carecen de sustento fáctico y legal, por cuanto el demandante no probó vicio del consentimiento ni demostró ninguna causal de nulidad. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa o título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 153 a 157).

Por auto del 30 de septiembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fl. 158).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 246 a 247, 36:17 cd fl. 245).

El 04 de febrero de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor CLODOBALDO BERMÚDEZ, identificado con la C.C. 13.454.713, realizada ante la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 26 de febrero de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante **CLODOBALDO BERMÚDEZ**, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir de **PORVENIR S.A.**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **CUARTO: SIN CONDENA** en costas. **QUINTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de no ser apelada por **COLPENSIONES**, en los términos del artículo 69 CPTSS. (...)”.*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si procede declarar la ineficacia del traslado pensional del demandante y demás pretensiones de la demanda.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante firmó el formulario de afiliación a la AFP de forma voluntaria, por tanto, la discusión es determinar si se le indicó información suficiente para tomar dicha decisión y la H. CSJ ha sostenido que las AFP deben brindar la suficiente asesoría para que el consentimiento sea informado, sin que sea suficiente prueba el formulario de afiliación y que la carga de la prueba del cumplimiento de dicho deber es de la EPS, por ende, la EPS para 1999 estaba obligada a una pedagogía entendible y sencilla para entender cada régimen y los requisitos para

pensionarse en cada uno y los riesgos de su elección, siendo que el demandante indicó que se le indicó que se podía pensionar a cualquier edad pero que no se le explicó cómo hacerlo y su permanencia de varios años en el RAIS no demuestra el consentimiento informado sino que el trabajador confió y estaba tranquilo en su afiliación, por tanto, al no acreditar la AFP el cumplimiento del deber de información, declaró ineficaz el traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que brindó información clara, completa y comprensible al demandante al momento del traslado de forma verbal y que es una carga imposible acreditar pruebas de ello adicionales al formulario de afiliación, de otra parte, la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo aplica al dolo de impedir o atentar contra la afiliación y no se demostró esa conducta de la AFP, además la inversión de la carga de la prueba libera de cargas al demandante, quien tampoco puede volver al RPM por la restricción por edad y no se puede equiparar la falla de los planes pensionales con la falta de información, por cuanto el consumidor financiero tiene el deber de informarse sobre las condiciones de las pensiones, aprovechar los mecanismos de capacitación financiera y leer y revisar los términos y condiciones del negocio, el cual explicaba el derecho al retracto, el cual no uso por negligencia. Advirtió que no es posible ordenar la devolución de gastos de administración porque son gastos legales presentes en ambos regímenes y como no financian directamente la pensión son prescriptibles y ordenar su entrega genera un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES** (36:17 cd fl. 245).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia porque la EPS no acreditó brindar una información completa al momento del traslado y

por ejemplo omitió indicar las bondades del RPM y conforme la posición de la H. CSJ procede declarar ineficaz el traslado de régimen pensional.

El apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque no se acreditó vicio del consentimiento, la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo aplica a actos atentatorios contra la libre elección y no a presuntas faltas de información, el formulario de afiliación suscrito es un documento público que se presume autentico y no fue tachado y debe ser considerado, garantizo el derecho de retracto y además aportó todas las pruebas a su alcance que acreditan que el actor ha permanecido por 22 años en el RAIS ratificando su elección de régimen y no se deben imponer cargas a la AFP no vigentes al momento del traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para fijar que valores se deben trasladar y no incluir la devolución de gastos de administración so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa, además dicho concepto prescribió. La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 C.S.J., quien solicitó revocar el fallo, por cuanto hay pruebas suficientes que acreditan que el traslado de régimen pensional fue libre y voluntario, que se suministró información clara y precisa, que no se acredita vicio del consentimiento y el demandante no desvirtuó la buena fe de la AFP y no se pueden imponer obligaciones al fondo que no estaban vigentes al momento del traslado y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera al desconocer la restricción de traslado por edad.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: **i)** el demandante **CLODOBALDO BERMÚDEZ** nació el 24 de octubre de 1960 (fl. 4); **ii)** el demandante se afilió al extinto ISS el 26 de abril de 1989 y cotizó 232,71 semanas (cd fl. 145); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación con la extinta AFP COLPATRIA hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 26 de febrero de 1999 (fl. 5) el cual se hizo efectivo el 1° de abril de 199 (fl. 126); **iv)** el demandante se trasladó a **PORVENIR S.A.** al suscribir formulario de afiliación el 24 de noviembre de 1999 (fl. 122), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2000 (fl. 126), AFP donde sigue vinculado y acumula más de 1000 semanas cotizadas a septiembre de 2018 (fl. 21).

- Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.

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

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias 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.

Por su parte, 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”*.

En las sentencias SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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

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 las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró ineficaz el traslado de régimen pensional y como única afiliación válida la del RPM, ordenó la

devolución de los saldos de la CAIP sin descuento alguno y a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral y se abstuvo de condenar en costas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia. Indicó que brindó asesoría verbal al demandante y que es una carga imposible acreditar pruebas de ello adicionales al formulario de afiliación, que la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo aplica si se impide o atenta contra la afiliación y no se demostró esa conducta de la AFP, que la inversión de la carga de la prueba liberó de toda carga al demandante, que este no puede volver al RPM por la restricción por edad y que el fallo de sus planes pensionales no equivale a falta de información, porque el consumidor financiero debe informarse de las condiciones de pensión, aprovechar mecanismos de capacitación financiera y leer y revisar los términos y condiciones del negocio, los cuales informaron el derecho de retracto que por negligencia no usó; en todo caso, señaló que no procede la devolución de los gastos de administración, porque son un gasto legal presente en ambos regímenes pensionales, son prescriptibles y acceder a ello genera un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que 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 mediante la afiliación a la extinta AFP COLPATRIA hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 26 de febrero de 1999 (fl. 5), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y

comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, el demandante indicó en su interrogatorio que se le indicó que sus aportes iban a tener los mayores rendimientos para pensionarse (16:29 cd fl. 159), sin embargo, dicha manifestación no es prueba concluyente de una adecuada asesoría por parte de la AFP, por cuanto la revisión de las declaraciones del promotor del litigio no permite observar confesión alguna, ya que éste manifestó que se le insistió que el ISS iba a desaparecer, que podía pensionarse en el ISS a cualquier edad y mejores condiciones que en el Fondo Público, pero no se observa que conociera las condiciones para lograr ello.

Así las cosas, esta Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino del traslado del régimen pensional del demandante, por cuanto conforme los antecedentes jurisprudenciales expuestos la sanción de ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de que los gastos de administración y comisiones sean retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos

conceptos deben ser devueltos al RPM en virtud de la ineficacia del traslado con cargo a los propios recursos de la AFP, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM.

Así mismo, se ordenará a **PORVENIR S.A.** la devolución de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, las cuales deberán ser devueltas indexadas y con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, de conformidad con la posición jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL4174 de 2021, SL4059 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, 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.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al REGIMEN DE AHORRO

INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD que realizó el demandante **CLODOBALDO BERMÚDEZ**, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **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 los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante.

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

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

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CLODOBALDO BERMUDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2019 00285 01

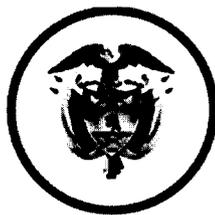
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0231-2021

Radicado N° 30 2019 00128 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ROSA ISABEL PATERNINA PATERNINA, 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 del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 25 de enero de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 17 de junio de 1992 y el 31 de enero de 1999 por un total de 113 semanas; que también efectuó cotizaciones al régimen público de pensiones al trabajar como médico rural en el Departamento de Santander desde el 4 de septiembre de 1990 hasta el 28 de febrero de 1992; que el 1° de abril de 2003, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó información pertinente, veraz y oportuna sobre el traslado de Régimen pensional y sobre las implicaciones del mismo. Agregó que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS, que el 29 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 45 a 49).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de

causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 64 a 71).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARASE nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ROSA ISABEL PATERNINA PATERNINA del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado mediante la suscripción del formulario N° 01836486de fecha 1° de abril de 2003 con efectividad a partir del 1° de junio de 2003, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARESE** válidamente vinculada a la demandante señora ROSA ISABEL PATERNINA PATERNINA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO: CONDENESE** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen es decir desde que cobro efectividad el traslado a partir del 1° de junio de 2003 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. **CUARTO: ORDENESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ROSA ISABEL PATERNINA PATERNINA, 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: DECLARENSE** no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. **SEXTO: CONDENENSE** en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.370.800. **SEPTIMO:** Sin condena en costas contra COLPENSIONES. **OCTAVO:** Concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que a la demandante se le brindó información completa, clara y comprensible al momento del traslado, que su decisión de traslado fue de manera libre y voluntaria, dice además que cualquier nulidad que hubiere podido generarse quedó saneada con el paso del tiempo. Agregó que la información que se brindó a la actora no se encuentra documentada porque para ese momento no era obligación de la entidad tener soporte de la asesoría, que no procede el traslado ordenado porque la demandante se encuentra incurso dentro de una prohibición legal y que de todas

formas no es procedente la devolución de los dineros recibidos por concepto de gastos de administración en cuanto éstos están debidamente autorizados por la ley y corresponden a la administración que realizó la entidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento del traslado de la demandante no era obligación de la AFP la documentación de la información que brindó a la afiliada, que además no se acreditó la existencia de vicio del consentimiento alguno y que por el contrario la demandante fue negligente en cuanto espero 19 años para solicitar el traslado, momento en el que ya se encontraba inmersa dentro de una prohibición legal.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que la demandante se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. El apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante por su parte, solicita que confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

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

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i*) que la demandante nació el 25 de enero de 1965 (fl. 2); *ii*) que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 17 de junio de 1992 y el 31 de enero de 1999 por un total de 113 semanas (fl. 9); *iii*) que el 1° de abril de 2003 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (fl. 80); *iv*) que el 29 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (fl. 24).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

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

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

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

Sobre este puntual 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.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ROSA ISABEL PATERNINA PATERNINA se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 1° de abril de 2003, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en

manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD2. min. 17:50), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, trabajaba en la agrupación de salud Monsalud donde les dijeron que el grupo tenía un fondo de pensiones llamado Porvenir y debían trasladarse, señaló que no le dieron información detallada sobre las implicaciones del traslado, pues solo los llamaban para que firmaran el formulario.

Tampoco resulta relevante al efecto el testimonio rendido por RODOLFO MARIO OLIVARES ORTIZ (CD. 2 min. 34:47), quien dijo ser esposo de la demandante y trabajar con ella en la agrupación Monsalud cuando les informaron que debían trasladarse a PORVENIR, que no recibieron ningún tipo de asesoría, pues solo los citaban para diligenciar y firmar el formulario.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PIRVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional.

No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por

su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSA ISABEL PATERNINA PATERNINA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2019 00128 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0227-2021

Radicado N° 31-2019-00331-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **NELLY PRIAS VANEGAS** contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones a las demandadas y condenó en costas y agencias en derecho a la demandante (fl. 416, 40:52 cd fl. 415).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 35).**

NELLY PRIAS VANEGAS solicitó declarar ineficaz su traslado del RPM al RAIS a través de la afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, ordenar el traslado de sus aportes y rendimientos a **COLPENSIONES** y en caso haberse otorgado pensión por la AFP ordenar a dicho fondo seguir pagando la pensión mientras sea incluida en nómina de pensionados en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó a pensiones el 12 de marzo de 1986; que el 25 de mayo de 1995 se afilió a **PROTECCIÓN S.A.**, sin que dicha AFP le 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 solicitó a **COLPENSIONES** y a **PROTECCIÓN** la anulación de su vinculación a la AFP y retorno al RPM, peticiones que fueron rechazadas, de otra parte, aseguró que su pensión en el RAIS sería de \$744.871 y en el RPM de \$1.101.536.

Mediante auto del 10 de febrero de 2020, se rechazó la reforma de la demanda (fl. 386).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la demandante al Sistema General de Pensiones y que no autorizó su retorno al RPM. Indicó que el origen de la demanda no es la falta de información sino una inconformidad monetaria respecto del monto de la pensión, por ende, no existe causal de nulidad, vicio del consentimiento o falta de información que afecte la validez de la afiliación a la AFP, de otra parte, la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de forma libre de régimen pensional, sin que pueda retornar al RPM por la restricción por edad, además la acción de nulidad esta prescrita y el error en punto de derecho no vicia el consentimiento y en todo caso la permanencia de la demandante varios años en el RAIS es ratificación tácita de su voluntad de permanecer en dicho régimen, sin que pueda aplicarse el precedente de la H. CSJ porque la demandante no tenía régimen de transición y permitir su retorno al RPM afecta la sostenibilidad fiscal. Interpuso las excepciones de buena fe, protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de derecho para al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad, no

procedencia al pago de costas en administradoras públicas de seguridad social y la genérica (fl. 239 a 256, 263 a 264).

Mediante auto del 10 de febrero de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y rechazó la demanda de reconvencción que presentó dicha AFP (fl. 386).

Mediante auto del 10 de febrero de 2020 se ordenó la vinculación de la **OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fl. 386). Dicha Entidad se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relativos a la afiliación de la demandante al Sistema General de Pensiones en 1986 y su traslado de régimen en 1995. Indicó que su competencia se limita a liquidar, emitir, expedir, redimir, pagar o anular bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación conforme el Decreto 4712 de 2008, por lo cual desconoce las circunstancias de traslado de régimen pensional y corresponde a la demandante acreditar las falencias de la asesoría de la AFP que alega y luego de más de 19 años de afiliación no es razonable alegar el desconocimiento de la Ley. Aseguró que la demandante tiene derecho al bono pensional tipo A modalidad 2 porque se trasladó al RAIS luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener más de 150 semanas cotizadas, cuya redención solicitó **PROTECCIÓN S.A.** el 13 de junio de 2018 y mediante Resolución 18368 del 24 de agosto de 2018 se hizo la emisión del bono y llegada la fecha de redención normal el 04 de julio de 2019, cuando la demandante alcanzó 60 años conforme el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, con la Resolución 20286 del 24 de julio de 2019 se remidió dicho bono, por lo cual no hay ningún trámite pendiente de atención. Manifestó que la AFP el 27 de noviembre de 2018 ingresó solicitud de reconocimiento de la garantía temporal de pensión mínima de vejez conforme el artículo 3 del Decreto 142 de 2006, sin que a la fecha la AFP haya solicitado el reconocimiento de la garantía de pensión mínima definitiva, sin que la demandante pueda desconocer su calidad de pensionada luego de que solicitó el

reconocimiento de la pensión con la garantía de pensión mínima y autorizó a la AFP solicitar la emisión del bono y su posterior pago, conforme el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia C-841 de 2003. Indicó que en caso de ordenarse el traslado, la demandante y la AFP deben revocar la garantía de pensión mínima y reintegrar a la Nación los valores reconocidos por el bono tipo A modalidad 2, debidamente indexados. Interpuso las excepciones de pago de la diferencia del cálculo establecido en la sentencia SU-062 de 2010, inexistencia de obligación pendiente de bono pensional con la demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fl. 388 a 400, archivo “003.2019-331 Subsancion contestacion Min 13.07.2020” cd fl. 415).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 416, 40:52 cd fl. 415).

El 13 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(...) PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante **NELLY PRIAS VANEGAS** a las demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la vinculada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandante **NELLY PRIAS VANEGAS EN CUANTÍA de medio salario mínimo legal mensual vigente. (...)**”.***

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante y si tiene derecho a retornar al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que se acreditó que la demandante solicitó el 29 de mayo de 2018 el reconocimiento pensional y que el mismo se hizo efectivo, por ende no es una afiliada sino una pensionada y en su interrogatorio confesó que recibió información de aspectos del RAIS

como la rentabilidad, aportes voluntarios y la posibilidad de mejorar su pensión, por tanto, aplicando el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, exequible conforme el artículo C-841 de 2003, como pensionada no se puede trasladar de régimen pensional porque ya consolidó el derecho pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **NELLY PRIAS VANEGAS** solicitó revocar el fallo. Solicitó aplicar los artículos 20, 48 y 53 constitucionales y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo carga de la AFP acreditar que entregó información y dio una asesoría clara, precisa y suficiente para tomar la decisión del traslado y si bien la demandante indicó en su interrogatorio algunas características del RAIS, nunca se le comparó el RPM y como se liquidaba la pensión en ambos regímenes, por tanto, a pesar de que manifestó que hizo aportes voluntarios para mejorar el valor de su mesada pensional, no se le dio la información para tener los suficientes elementos de juicio para comprender la trascendencia de la decisión, sin que la manifestación genérica plasmada en una cláusula genérica sea prueba de asesoría (41:40 cd fl. 415).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo, alegando que la AFP no cumplió ni demostró el deber de asesoría e información previa al traslado, por lo cual procede declarar ineficaz el traslado y condenar a la AFP y a la aseguradora a pagar la diferencia entre las mesadas pensionales, porque otorga la pensión no convalida el incumplimiento del deber de información al momento del traslado pensional.

La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó el poder a la Dra Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 CSJ, quien solicitó absolver a su representada, por falta de pruebas suficientes que acreditan que el traslado de régimen pensional fue libre y voluntario, que se suministró

información clara y precisa, que no se acredita vicio del consentimiento y el demandante no desvirtuó la buena fe de la AFP y no se pueden imponer obligaciones al fondo que no estaban vigentes al momento del traslado y el retorno al RPM afecta la sostenibilidad financiera al desconocer la restricción de traslado por edad. La Dra Yaneth Cifuentes Cabezas, identificada con CC 52.885.363 y TP 205.061 CSJ, allegó copia de la Resolución 0849 del 19 de abril de 2021 por el cual se le delegó la representación judicial de la demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, quien se reconoce como apoderada principal de dicha parte, quien solicitó confirmar el fallo de primera instancia, alegando que no es viable el traslado de régimen de los pensionados, que la demandante evidenció su voluntad de permanecer en el RAIS y, en caso de ordenarse el traslado, solicitó revocar la garantía de pensión mínima y reintegrar los valores recibidos por la redención del bono tipo A de la demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, considerando la calidad de pensionada de la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: **i)** la demandante **NELLY PRIAS VANEGAS** nació el 04 de julio de 1959 (fl. 68); **ii)** la demandante se afilió al extinto ISS el 12 de marzo de 1986 y cotizó 220,29 semanas (cd fl. 47); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al

RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** el 25 de mayo de 1995 (fl. 298), el cual se hizo efectivo el 1^a de junio de 1995 (fl. 299); *iv*) el 29 de mayo de 2018, la demandante solicitó a la AFP demandada el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 314 a 316, 320 a, 320 a 323), recibiendo asesoría sobre las condiciones de liquidación de dicha prestación (fl. 324 a 332), siendo notificada del reconocimiento pensional el 19 de diciembre de 2018 en virtud de la garantía de pensión mínima temporal del artículo 3 del Decreto 142 de 2006 (fl. 334 a 338), pensión que es pagada desde el 10 de enero de 2019 en cuando de 1 SMLMV (fl. 318 a 319).

- **Sobre la Procedibilidad de la Declaratoria de Ineficacia del Traslado de los Pensionados .**

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

Igualmente, la H. CSJ ha sostenido que no procede declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de aquellas personas ya pensionadas.

En la sentencia SL3611 de 2021, la H. CSJ reitero la posición adoptada en la sentencia SL373 de 2021, relativa a la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales en el caso del pensionado, porque ya existe una situación jurídica consolidada, cuyas consecuencias no pueden retrotraerse, por tanto, de forma excepcional, solo procede demandar el resarcimiento de perjuicios conforme el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 para efectos

de imponer a la AFP el pago de una renta periódica en los mismos términos que se habría hecho en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como indicó la Alta Corte en la Sentencia SL3709 de 2021.

Por su parte, en la sentencia SL3707 de 2021, la H. Corte Suprema de Justicia volvió a referirse a la sentencia SL373 de 2021, en el sentido de que una persona pensionada no puede beneficiarse de la ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto el estatus de pensionados es una situación jurídica ya consolidada que no se puede retrotraer porque ello genera disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del Sistema General de Pensiones en su conjunto, indicando a modo de ejemplo que los bonos pensionales ya redimidos deberían ser reversados, lo cual no es factible porque el capital ya perdió su integralidad y se afecta a la Nación y otras entidades contribuyentes que participan en dichos títulos de deuda pública, entre otras muchas situaciones problemáticas derivadas del déficit financiero que genera reclamar la pensión anticipada, usar los excedentes de libre disposición, anular las operaciones, actos y contratos entre afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales inversionistas, motivo por el cual revertir el estatus consolidado de pensionado afecta derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y genera un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones a las demandadas y condenó en costas y agencias en derecho a la demandante.

La demandante **NELLY PRIAS VANEGAS** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Solicitó aplicar los artículos 20, 48 y 53 constitucionales y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la AFP no acreditó que brindó a la demandante la asesoría clara,

precisa y suficiente para comprender la decisión del traslado y si bien la demandante señaló en su interrogatorio algunas características del RAIS, nunca se le comparó el RPM y como se liquidaba la pensión en ambos regímenes, por tanto, a pesar de realizar aportes voluntarios para mejorar el valor de su mesada pensional, no se dio la información suficiente para tener los suficientes elementos de juicio, sin que la manifestación genérica plasmada en una cláusula genérica sea prueba de asesoría

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, la H. CSJ ha creado la subregla jurisprudencial sobre la imposibilidad de dar alcance a los efectos de la ineficacia del traslado del régimen pensional a las personas ya pensionadas, tal y como ha señalado en las sentencias SL373 de 2021, SL3611 de 2021, SL3707 de 2021 y SL3709 de 2021.

En dichas providencias, el Máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral señaló que una persona pensionada no puede beneficiarse de la ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto el estatus de pensionados es una situación jurídica ya consolidada que no se puede retrotraer porque ello genera disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del Sistema General de Pensiones en su conjunto, indicando a modo de ejemplo que los bonos pensionales ya redimidos deberían ser reversados, lo cual no es factible porque el capital ya perdió su integralidad y se afecta a la Nación y otra entidades contribuyentes que participan en dichos títulos de deuda pública, entre otras muchas situaciones problemáticas derivadas del déficit financiero que genera reclamar la pensión anticipada, usar los excedentes de libre disposición, anular las operaciones, actos y contratos entre afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales inversionistas, motivo por el cual revertir el estatus consolidado de pensionado afecta derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores

del sistema y genera un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En el presente asunto, no queda duda alguna que la demandante **NELLY PRIAS VANEGAS** solicitó a la AFP demandada el reconocimiento de su pensión de vejez (fl. 314 a 316, 320 a, 320 a 323), recibiendo asesoría sobre las condiciones de liquidación de dicha prestación (fl. 324 a 332), siendo notificada del reconocimiento pensional el 19 de diciembre de 2018 en virtud de la garantía de pensión mínima temporal del artículo 3 del Decreto 142 de 2006 (fl. 334 a 338), pensión que es pagada desde el 10 de enero de 2019 en cuando de 1 SMLMV (fl. 318 a 319).

Conforme los anteriores medios de prueba, esta suficiente probado el carácter de pensionada de la demandante, situación jurídica consolidada que impide considerar, en su caso concreto, la posibilidad de decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Como quiera que en el recurso de apelación no se reclamó el resarcimiento de perjuicios conforme el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, esta Sala carece de competencia para pronunciarse al respecto por tratarse de un asunto que no hizo parte del recurso de apelación en consideración al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

Por las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

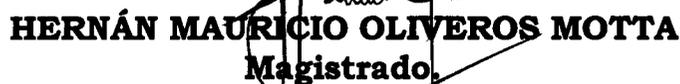
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0232-2021

Radicado N° 34 2019 00382 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

EDITH CONSUELO ROBAYO MURCIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del

traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 27 de diciembre de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 16 de junio de 1981 y el 30 de noviembre de 1997; que cotizó a dicha entidad un total de 854,43 semanas; que el 5 de noviembre de 1997, suscribió formulario de traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 1° de diciembre de 1997; que al momento del traslado el Fondo se limitó a brindar una asesoría grupal sobre las ventajas y beneficios que obtendría en el RAIS, omitiendo las implicaciones, consecuencias y desventajas del traslado, que en el año 2009 la AFP demandada le realizó una reasesoría donde le informó que no le convenía la permanencia en el RAIS; que el 8 de enero de 2019, solicitó a la AFP PROTECCION la nulidad de su afiliación en el RAIS y a COLPENSIONES su retorno al RPM, y ambas entidades resolvieron las solicitudes de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a dicha entidad, las solicitudes presentadas y la reasesoría brindada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (fls. 104 a 121, Pdf. 1).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y con la afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 198 a 231 Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia o la nulidad del traslado realizado por la demandante EDITH CONSUELO ROBAYO MURCIA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado el 1° de diciembre de 1997 a través de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante EDITH CONSUELO ROBAYO MURCIA como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses o rendimientos que se hubiesen causado. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

*COLPENSIONES o administradora del régimen de prima media con prestación definida a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. con motivo de la afiliación de la demandante EDITH CONSUELO ROBAYO MURCIA, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, rendimientos o intereses que se hubiesen generado y a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. **CUARTO: DECLARAR** no aprobadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. fijando como suma de agencias en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, envíese ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, existe el derecho a la libre escogencia de régimen y ésta se materializa cuando el acto del traslado está precedido de la información clara, detallada y suficiente que debe brindar el fondo al afiliado al momento de suscribir el traslado, dijo que en el caso bajo estudio la AFP no acreditó haber dado cumplimiento a su obligación de información desde el momento mismo del traslado y por ello concluyó que dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia con fundamento en que para la época del traslado de régimen que efectuó la demandante, solo se requería firmar un consentimiento informado junto al formato de afiliación, que el requisito de

cumplimiento al deber de información para las AFP fue creado por la Ley 1478 de 2014 y no era aplicable al momento de suscripción del acto del traslado. Dice además que a la demandante no se le estaría negando el derecho de acceder a una pensión de vejez, que su inconformidad solo versa sobre el valor de la mesada que obtendría en uno y otro régimen y el traslado aquí ordenado en últimas estaría generando una descapitalización al fondo común de COLPENSIONES.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. La apoderada de PROTECCION S.A. no presentó alegaciones de segunda instancia.

El apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCION,

cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 27 de diciembre de 1962 (fl. 6, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 16 de junio de 1981 y el 30 de noviembre de 1997 por un total de 854,43 (fl. 47, Pdf. 1); **iii)** que el 6 de noviembre de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCION (fl. 22, Pdf. 1); **iv)** que el 7 de octubre de 2009 la demandante recibió una reasesoria pensional por parte de la AFP PROTECCION donde se le realizó una proyección de la mesada pensional en cada uno de los regimenes (fl. 23, Pdf. 1); **v)** que el 8 de enero de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 27 y 36, Pdf. 1)

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

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

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

En relación con el deber de asesoría a cargo de las AFP, 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 definatorios 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.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de

régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre 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.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora EDITH CONSUELO ROBAYO MURCIA se trasladó a AFP PROTECCION el 6 de noviembre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

Sobre la controversia que nos ocupa debe precisar la Sala que la obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por

medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en el RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos de administración y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a PROTECCIÓN S.A. efectuada el 6 de noviembre de 1997 (fl. 22, Pdf. 1), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP

no demostró el cumplimiento diligente de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no pasa por alto la Sala que PROTECCIÓN S.A. acreditó que con posterioridad al traslado y antes de la restricción de retorno al RPM por edad, informó a la demandante las características y condiciones de ambos regímenes pensionales, al punto que el 7 de octubre de 2009 (fls. 23 a 26, Pdf. 1) le proyectó los eventuales montos de las mesadas en uno y otro y le indicó que era más favorable el RPM, todo ello antes del inicio de la restricción de traslado por edad, circunstancia que en principio permitiría concluir que la demandante sí conoció que el RPM era más beneficioso y pese a ello decidió permanecer en el RAIS.

No obstante lo anterior, no puede desconocer el Tribunal que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STL527 del 18 de enero de 2021, indicó que la reasesoría no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento del deber de información al momento del traslado, por cuanto en la sentencia SL1688 de 2019 concluyó que la oportunidad de la información se juzga al momento del traslado y no con posterioridad, motivo por el cual en sede de tutela dejó sin valor ni efecto una sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 en la que el suscrito fungía como ponente.

Por lo anterior, y en acogimiento de la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal de Cierre de nuestra especialidad ordinaria laboral, se concluye que en el caso bajo estudio, la AFP demandada no acreditó el cumplimiento diligente de la obligación de información y asesoría al momento del traslado de régimen en el año 1997.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS.

Ahora bien, respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisar la Sala que éstos también deberán ser retornados a COLPENSIONES por PROTECCIÓN S.A., conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP. Como la juez de primera instancia, en el numeral segundo no es clara en establecer la obligación de la AFP demandada de devolver lo correspondiente a los gastos de administración, se adicionará en lo pertinente dicho numeral para dar claridad a la decisión y dictar la condena como corresponde.

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 pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que la declaró no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURRILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EDITH CONSUELO ROBAYO MURCIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2019 00382 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0233-2021

Radicado N° 37 2019 00466 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2020 en el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión especial por actividades de alto riesgo.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HUGO MAYORGA PARRA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por exposición a actividades de alto riesgo de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Subsidiariamente solicita el reconocimiento de la prestación con aplicación del Decreto 1281 de 1994 o el Decreto 2090 de 2003.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 21 de enero de 1959; que toda su vida laboral trabajó como fundidor de diferentes metales en Aceros Andinos Ltda. y Fundiciones Acero Andinos; que en su labor como fundidor debía realizar la selección y medida de peso de metales, carga de material en hornos, encendido y precalentamiento de hornos, fundición de metales, limpieza de escoria, vertimiento en recipientes del material fundido, raspado interior de hornos y limpieza. Señaló que en el desarrollo de las actividades descritas estuvo expuesto de manera permanente a temperaturas de más de 1700°C, radiación ionizante y humos metálicos, que la labor de fundidor está calificada como una actividad de alto riesgo en el Acuerdo 049 de 1990, en el Decreto 1281 de 1994 y en el Decreto 2090 de 2003. Aduce que tiene cotizadas más de 1672 semanas al sistema de pensiones, que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión especial de vejez el 10 de marzo de 2017 y la entidad mediante Resolución SUB 120784 del 7 de julio de 2017 negó el reconocimiento de la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación a dicha entidad, el número de semanas cotizadas, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (fls. 36 a 47).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de junio de 2020, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante señor HUGO MAYORGA PARRA, tiene derecho al reconocimiento de una pensión especial de vejez para actividades de alto riesgo de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2090 del 2003. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante, la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, bajo el decreto 2090 del 2003 a partir del 10 de marzo del año 2007 en cuantía inicial de \$1.059.135 sobre 13 mesadas anuales, razón por la cual se fija como condena el valor de retroactivo por la suma de \$40.409.952 calculado desde el 10 de marzo de 2017 hasta el 30 de junio de 2020, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad y teniendo en cuenta que la mesada pensional para este año, arroja la suma de \$1.180.737.80 valor que deberá ser reconocido de manera indexada. Autorizar a COLPENSIONES para que del valor retroactivo anteriormente indicado y el que resulte con posterioridad, le sea descontado el valor de los aportes con destino al sistema de Seguridad Social que corresponden a cargo de la parte demandante. **TERCERO: ABSOLVER** a la entidad demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra. **CUARTO: SIN COSTAS** en el presente proceso. **QUINTO: CONMINAR** a COLPENSIONES para que inicie las acciones legales pertinentes, en contra de los empleadores del demandante, para efectos de adelantar las acciones de cobro pertinentes para obtener el valor adicional de los aportes. **SEXTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de comprensiones esta decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes.”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la actividad desarrollada por el demandante se encuentra catalogada como de alto riesgo, si es beneficiario del régimen de transición del cual pide

aplicación y si tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial por actividades de alto riesgo. Para resolverlo indicó que las certificaciones aportadas al expediente que definen las funciones y actividades que desempeñaba el actor como fundidor acreditan que durante su vida laboral estuvo expuesto a altas temperaturas. Señala que para llegar a su conclusión tuvo en cuenta la guía del Ministerio de Trabajo que precisa las condiciones en que una actividad puede ser calificada como de alto riesgo, y que ésta se realizó con fundamento en lo que establece el organismo internacional ACGIH el cual tiene relación directa con lo establecido en la Resolución N° 2400 de 1979, la cual define el límite de exposición ocupacional para calificación de los riesgos. Preciso que de acuerdo a las certificaciones, el actor estuvo expuesto a temperaturas de más de 1500°C, y no está demostrado que las empleadoras hubieren tomado medidas para minimizar el riesgo y por ello, en su criterio, el actor estuvo expuesto a altas temperaturas durante la ejecución de la relación laboral.

Sobre el reconocimiento de la prestación, señaló que la norma aplicable a la situación pensional del actor es la que define el Decreto 2090 de 2003, en cuanto el demandante no es beneficiario del régimen de transición, por el traslado que en su momento realizó al RAIS. Agregó que el actor cumple con la totalidad de los requisitos que define dicha norma, que aunque las cotizaciones del actor no fueron realizadas con el porcentaje adicional, lo cierto es que tuvo la oportunidad de conocer el nivel de riesgo de las empresas y realizar los cobros pertinentes, por ello definió procedente el reconocimiento de la prestación que se reclama.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios establecidos en el

artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en cuanto la entidad demandada incurrió en una clara omisión al negar el reconocimiento de la prestación al actor, pues no cumplió con la carga de realizar los cobros relacionados con los porcentajes adicionales de cotización a los empleadores e impuso la carga de probar el desempeño de las actividades al afiliado¹.

¹ *“Muchas gracias señor juez en primer lugar utilizo este medio o en este momento procesal para interponer recurso de reposición, frente al numeral tercero y cuarto de la decisión y sexto de la decisión del honorable juez, no sin antes agradecer el análisis que realizó el despacho, no sin antes que conminar al Tribunal a ver el examen profundo que realizó el despacho y agradecerlo, porque en su oportunidad se va a reconocer una pensión de alto riesgo, a una persona que tiene todos los derechos y debió haber estado disfrutando desde hace muchos años, eso era lo primero que quería decir, ahora frente a los argumentos de la apelación del numeral tercero, que absuelve a COLPENSIONES de los demás pretensiones de la demanda, cuarto no condenarlos en costas y el sexto conminarlos a realizar las acciones correspondientes en contra de las empresas por las cotizaciones adicionales, que frente al punto tercero que absuelve a COLPENSIONES de las demás pretensiones, sólo quiero referirme a una puntualmente cuál es los intereses moratorios, si bien es cierto el juzgado está otorgando la indexación de la mesada pensional, pues la indexación misma se entiende como la actualización monetaria y la pérdida de capacidad económica, que tuvo la moneda desde el momento en que debió haber disfrutado a hoy, el interés moratorio se predica de unas acciones o misivas por parte de la parte demandada, debemos o conminó al honorable Tribunal a qué por intermedio de la sentencia de segunda instancia, se castigue la omisión de COLPENSIONES porque si realmente COLPENSIONES realizará, sus funciones a cabalidad y tomará todas las herramientas correspondientes dejaría que los trabajadores u afiliados disfrutarán sus pensiones en los momentos oportunos y no tuvieran que generar un desgaste administrativo, económico y de tiempo como es el caso del señor Hugo Mayorga, que transcurrieron más de 3 años al día de hoy, van a tener una condena en firme en primera instancia y pues bajo las condiciones que actualmente nos encontramos, no sabemos cuánto va a demorar el Tribunal en decidir, pero pues si tienes unos términos preestablecidos debe castigarse con todo el rigor de la ley a COLPENSIONES, debe hacerse debe cambiarse la mentalidad de COLPENSIONES de simplemente conminar o trasladarle la carga de la prueba a sus afiliados, porque estadísticamente hablando COLPENSIONES niega más del 80% de las solicitudes pensionales que le realizan y de ese 80% los afiliados, se atreven a demandar no más del 40% entonces qué sucede con todos esos aportes adicionales y la gente que queda por fuera de esas prestaciones sociales que se deben conceder, esto es más allá un argumento en general, en el cual conminó invitó al Tribunal a que sea fuerte con COLPENSIONES para que se genere una política clara, para que utilice todas las herramientas que la ley siempre le ha dado, pues yo sé que en la rama judicial, la rama ejecutiva, digamos la economía y el bolsillo y la financiación vienen del erario público, pero también se debe castigar que los funcionarios no realicen su función en debida forma, este proceso se pudo haber evitado si COLPENSIONES se hubiera hecho un ejercicio real investigativo y nunca lo demostró, nunca demostró ese ejercicio entonces por ello yo quiero que el Tribunal revoque, en este punto y condenen intereses moratorios a COLPENSIONES, porque hay que enseñarles que si tienen las herramientas deben realizar las gestiones correspondientes y que si no lo realizan va a tener consecuencias, consecuencias económicas y de pronto ahí cambiamos la política de una entidad, que viene viciada desde la creación del Instituto de seguros sociales, hoy COLPENSIONES y podemos generar una buena política social, que es lo importante del litigio, generar política social eso es lo que yo quiero conminar al Tribunal, Ahora bien las costas, pues deberían condenarlo en costas porque, no se puede premiar que la omisión que realizó en no va a tener la consecuencia misma iba a ser los mismos argumentos que ya dije frente a los intereses moratorios, si se deben condenarán costas porque al señor Hugo Mayorga se le generaron unos detrimentos económicos, el señor Hugo Mayorga tuvo que conseguir un apoderado para que analizara su caso, tuvo que contratar a un abogado para que analizara su caso, yo sé que eso no es resorte del proceso pero cuál es el objeto mismo de las costas, castigar a la parte vencida acá vencimos a COLPENSIONES, por el argumento bien acucioso que realizó el despacho, pero sí se debe condenar en costas y sexto en puntos eso que los conmina a cobrarle a las*

Por su parte el apoderado de COLPENSIONES solicita en el recurso que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentarlo aduce que las pruebas aportadas al expediente son insuficientes para acreditar que el actor desempeñó actividades catalogadas como de alto riesgo, pues las certificaciones expedidas por los diferentes empleadores que tuvo el demandante solo hacen referencia a que el actor trabajaba con hornos que manejaban altas temperaturas, pero no establecen de manera cierta que el actor hubiere estado expuesto a ellas. Señala que el juez tuvo en cuenta las manifestaciones realizadas por el actor en diligencia de interrogatorio de parte y que este no puede considerar como un medio probatorio idóneo para entender que el actor desempeñaba actividades catalogadas como de alto riesgo.²

empresas los 10 puntos adicionales, pues realmente me parece descarado que col pensiones tenga que tener una sentencia donde sigue diga venga haga su trabajo y vaya y cobra el 10% e digamos, que quiero que se elimine de acá porque es una obligación de col pensiones y no debería estar combinado aquí en el fallo, bien sustentado por el juez porque no dictarse una sentencia de la obligación que tiene perse, eso es lo importante por eso quiero quitarlo de ahí y me quiero aventurar al futuro, en que este no sea un argumento para que COLPENSIONES se niegue a reconocerle la mesada pensional al señor Hugo Mallorca, porque puede pasar que a futuro cuando intentemos reclamar dicha prestación hoy conminada por el juez, nos va a decir que primero tiene que cobrar a pesar de que el juez no lo dijo así yo sé que el juez no lo dijo así, pero si se va a escudar en ese puntico de la sentencia, para decir que hasta que no cobre no puede darle la prestación legal a mi poderdante. En este sentido quiero presentar mis alegatos de conclusión volviendo a agradecer al señor juez por el estudio acucioso que realizó.”

² *“Gracias su señoría respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, para que revoque las condenas impuestas en esta instancia contra mí representada, por qué tanto en sede administrativa, como judicial no se acreditó que el trabajo señor que penetró fuertemente activa la cámara y continúa tranquilo creo que se me desactivó listo, retomó mencionando que el trabajador no demostró que desempeñará las actividades de alto riesgo y si bien es cierto existe una certificaciones laborales que se allegaron en la demanda, las mismas no detallan los presupuestos requeridos, es más llama la atención porque en su momento esto es la presentación de la reclamación administrativa el 10/03/2017, el demandante presenta una petición incompleta y al ser requerido por la entidad guarda silencio, por lo tanto debía y procedía a la aplicación de lo que dispone el artículo 17 de la ley 1755 de 2015, que en síntesis termina configurando un desistimiento tácito ante la solicitud, asimismo el demandante no cumplió con la carga de la prueba establecida en el artículo 167 del código general del proceso y en esa medida no debe proceder el estudio de su prestación, bajo los postulados del decreto 2090 del 2003, como se definió subsidiariamente pues al no ser beneficiario del régimen de transición, así como tampoco bajo la normatividad vigente por no acreditar los requisitos mínimos de causación y disfrute, luego entonces los actos administrativos de mi representada, ha sido conforme a derecho y a la realidad procesal, reiterando que el objeto social de COLPENSIONES no es determinar el desarrollo de las actividades de los afiliados, precisamente son las pruebas documentales allegados por los afiliados y los empleadores, los que permiten expedir los actos administrativos y si bien es cierto dicha documental no fue tachada de falsa, también es cierto que no logra ilustrar fehacientemente el ejercicio de las actividades requeridas, además por la naturaleza de las pruebas debe entenderse que las afirmaciones que aquí hizo el demandante, que no fueron más allá de indicar que trabajaba cerca un horno en la calidad*

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la entidad demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se reconozcan los intereses moratorios que negó el juez de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación y las que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si se acreditó que el demandante desempeñó actividades catalogadas como de alto riesgo durante su vida laboral y en dado caso establecer si tiene

de ayudante, cargo diferente al de propiamente fundidor pues no supone la exposición referida, por lo que él solo dicho del demandante no puede favorecerlo, la demanda no sólo se destacó pues esa actividad, también se mencionó la exposición a radiaciones ionizantes y a humos metálicos, hechos que ni por equivocación hizo mención aquí el señor Mayorga, al relatar en el interrogatorio de parte decretado de oficio las funciones desempeñadas, por lo que reiteró no que no se probó el desarrollo de las mismas, aunado a la inexistencia de las cotizaciones adicionales, que pues están a cargo de los diferentes empleadores, por lo tanto las normas que aplican para definir si tiene derecho a alguna prestación, deben ser las contenidas en la ley 797 del 2003, presupuesto normativo que exige unos requisitos que el señor Hugo Mayorga no acreditado estando frente a una petición antes de tiempo, razones por las cuales solicito respetuosamente al honorable Tribunal, absuelvan a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra y a usted su señoría conceda el recurso gracias.”

derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 21 de enero de 1959 (fl. 12); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES un total de 1.672,43 semanas entre el 2 de agosto de 1978 y el 30 de septiembre de 2018 a través de los empleadores ACEROS ANDINOS LTDA. y FUNDICIONES DE ACEROS ANDINOS (fls. 24 a 29); **iii)** que mediante Resolución SUB 120784 del 7 de julio de 2017, la demandada COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo en cuanto el actor no acreditó haber trabajado en actividades calificadas como tal y las empresas con las que laboró no realizaron las cotizaciones con el porcentaje adicional que exige la norma (fls. 14 a 22).

- **De la Pensión Especial de Vejez por Actividades de Alto Riesgo**

Para resolver la controversia que propone el caso bajo estudio, se advierte que el demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por haber trabajado en actividades catalogadas como de alto riesgo, y para el efecto aduce que la norma aplicable a su situación pensional es la prevista en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, disposición que regula este tipo de prestaciones. Para el efecto se realizará el estudio del régimen de transición previsto en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, norma que regula actualmente la materia.

Así las cosas, se advierte que el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, estableció un régimen de transición normativa para mantener la vigencia de algunas de las condiciones especiales definidas para

este tipo de pensiones en normas anteriores. Al efecto, la citada norma estableció:

“Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo”.

Más adelante en el Parágrafo dicha disposición normativa señaló:

“Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003”.

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo, el demandante además de acreditar el cumplimiento de las condiciones especiales que definió la norma referida, esto es 500 semanas de cotización especial a la fecha de entrada en vigencia de dicha norma, debe ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, sobre las cotizaciones especiales conviene precisar, que para sufragar los costos que implica el anticipo de este tipo de prestaciones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema de pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

En este orden de ideas, en el proceso judicial que se pretenda el reconocimiento de la pensión especial por ejercicio de actividades de alto riesgo o el cobro del porcentaje adicional de las cotizaciones a pensión, debe probarse la exposición a un riesgo cierto que incida negativamente en la salud del trabajador; y cuando éste se origina en la exposición a altas temperaturas, radiación ionizante y humos metálicos -como se alega en la demanda- la evidencia aportada debe producir convencimiento judicial sobre la exposición del trabajador a temperaturas por encima de los valores límites permisibles que determinan las normas técnicas de salud ocupacional, en el sitio de trabajo y durante el desarrollo de sus funciones.

Sobre esto último el Decreto 2090 de 2003, estableció los criterios técnicos que se deben seguir para determinar la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo. Dicho estatuto fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013 (M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO). En esta providencia la Corte preciso que: *“La inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”* (subraya la Sala).

Por ello en esta materia solo son pruebas útiles aquellas que definan con un criterio técnico y objetivo la presencia de un riesgo en la salud del trabajador en el sitio donde prestó el servicio y durante el desarrollo de sus funciones, y la carga de aportarla, en los términos del artículo 167 del CGP, la tiene quien reclama en el proceso las consecuencias jurídicas de dicho riesgo, es decir el demandante.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, más reciente en la sentencia

SL4001-2021, donde definió de manera clara que en aquellos casos en que se pretenda el reconocimiento de la pensión especial de vejez por exposición a altas temperaturas, debe probarse por cada período y cargo que desarrolla el afiliado la realización continua de la labor riesgosa.

Bajo esta línea interpretativa y una vez estudiadas las pruebas del expediente la Sala no encuentra probado que el actor hubiera laborado de manera continua y por cada periodo y cargo que desempeñó, con exposición a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles como se alega en la demanda y como lo definió el juez de primera instancia. La evidencia documental da cuenta de servicios prestados a ACEROS ANDINOS LTDA. desde el 1° de agosto de 1978 hasta el 31 de diciembre de 2007, tiempo durante el cual el demandante se desempeñó como ayudante, moldeador y fundidor, y tuvo entre sus funciones *“el manejo de horno básico a temperaturas aproximadas de 1500 a 1700 grados centígrados y manejo de partículas de manganeso y silicio”* (fl. 8), también se encuentra a folio 9 la certificación expedida por la misma sociedad donde se refiere que el actor desempeñaba una actividad de alto riesgo denominada fundidor y su función era manejo de horno de arco.

Así mismo, se encuentra la certificación expedida por FUNDICIONES ACEROS ANDINOS S.A.S., donde consta que el actor trabaja para dicha sociedad desde el 1° de febrero de 2008 como ayudante, moldeador y fundidor, y que entre sus funciones se encontraba el *“manejo de horno de arco básico a temperaturas aproximadas de 1500 a 1700 grados centígrados y manejo de partículas de manganeso y silicio”* (fl. 10). También se encuentra certificación expedida por esta misma sociedad, donde se refiere que el demandante está vinculado a dicha empresa mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de agosto de 1978, que desempeña actividades de alto riesgo con una dedicación de nueve

horas y media diarias de lunes a viernes y ocupa el cargo de fundidor (Pdf 1; Cd. expediente administrativo).

También se practicó interrogatorio de parte al demandante (CD. 2, audio 2 min. 35:48), no obstante las manifestaciones realizadas por el actor sobre el particular no son una prueba idónea del hecho que debe acreditarse en este proceso.

Ahora, al realizar una valoración conjunta de la prueba documental referida, a juicio de la Sala no es posible establecer que HUGO MAYORGA PARRA, hubiere estado expuesto a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles, ni mucho menos es posible establecer el tiempo de exposición y si ésta se presentaba al momento de desempeñar cada una de sus funciones o solo en algunas de las actividades que tenía a su cargo.

En efecto, si bien los documentos aportados son coincidentes en certificar que el demandante debía manipular hornos que manejan temperaturas entre 1500 y 1700 grados centígrados, lo cierto es que ello no indica necesariamente que el actor hubiere estado expuesto a altas temperaturas, pues ninguna prueba o estudio técnico del puesto de trabajo se aportó para establecer cuál era la temperatura promedio del ambiente del lugar en donde el actor prestaba sus servicios, si tenía elementos de protección que aislaron o disminuyera el riesgo, ni tampoco se advierte cuanto tiempo podía pasar el demandante en la labor específica que tenía que ver con la manipulación de los hornos, o por lo menos un estudio del puesto de trabajo realizado por la ARL o el área de salud ocupacional que permita tener un conocimiento más específico del desempeño de la labor de un ayudante, moldeador y fundidor en punto a la exposición de altas temperaturas en cada una de las sociedades donde el actor prestó servicios.

Para la Sala el material probatorio obrante en el proceso resulta insuficiente para entender que el actor estuvo expuesto a altas temperaturas, las solas certificaciones relacionadas con la temperaturas que manejan los hornos que manipulaba el actor no son prueba de su exposición, pues como se dijo, ningún estudio o certificación refiere la temperatura real de la exposición que tenía el actor en su puesto de trabajo y por ello no es posible deducir que la actividad desempeñada por el demandante este catalogada como de alto riesgo.

Como tampoco se establece de la historia laboral aportada al proceso que las empresas para las cuales prestó servicios el actor hubieren realizado las cotizaciones con el porcentaje adicional que exige la norma para actividades de alto riesgo, y ante la insuficiencia de la prueba sobre el desempeño de este tipo de actividades por parte del actor, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

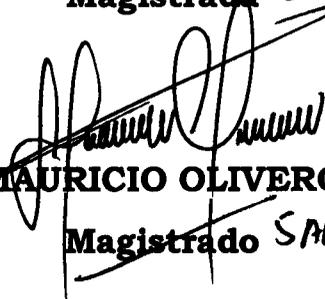
SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

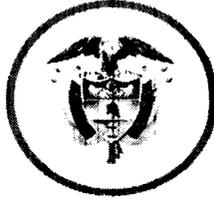

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 37-2019-00466-01


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado SALVAMENTO VOTO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

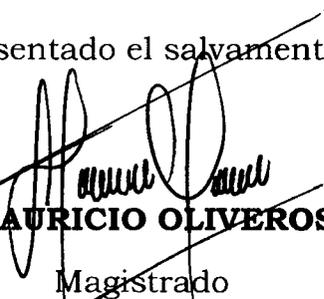
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 37 2019 00285 01
DEMANDANTE: MARTA LUCÍA LONDOÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Con el acostumbrado respeto disiento de la decisión adoptada, al estimar que en este caso las certificaciones emitidas por el empleador Aceros Andinos Ltda y demás pruebas, si acreditan la exposición a altas temperaturas durante el tiempo en que ejerció los cargos.

Considero que conforme al artículo 61 del CPT y SS, en materia laboral no existe una tarifa legal probatoria, de allí que no sea necesario para establecer las altas temperaturas únicamente el estudio de puesto de trabajo. Con todo, cualquier duda frente a las certificaciones laborales que certifican la exposición de altas temperaturas debió despejarse con las facultades oficiosas, a efectos de verificar materialmente la existencia del derecho.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-013-2021

Radicado N° 38 2018 00167 01

Bogotá D.C. veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia dictada el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUCIO VEGA TORRES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 028411 de 2008 le reconoció pensión de vejez a partir del 22 de abril de 2008, que la pensión fue liquidada teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años y una tasa de remplazo del 84%, que durante toda su vida laboral cotizó más de 1250 semanas, que el 9 de septiembre de 2000 contrajo matrimonio con CARMEN JULIA ACERO GARZÓN, que su cónyuge no tiene pensión y depende económicamente de él, que el 9 de octubre de 2017 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 40 a 51).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el señor LUCIO VEGA TORRES, lo anterior específicamente por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. *Dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.* **TERCERO: COSTAS.** *Sin costas en esta instancia.* **CUARTO:** *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que de acuerdo a lo definido en la sentencia SU 140 de 2019 no es procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales reclamados.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente el incremento pensional reclamado.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto los presupuestos que contempla la norma para el reconocimiento del derecho se encuentran debidamente acreditados.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses del demandante y haber sido objeto de apelación, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta parte, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 028411 del 26 de junio de 2008 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 22 de abril de 2008 (Pdf. 1, fl. 24); **ii)** que LUCIO VEGA TORRES contrajo matrimonio con CARMEN JULIA ACERO GARZON el 9 de septiembre de 2000 (Pdf. 1, fl. 14); **iii)** que el 9 de octubre de 2017 el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14% y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable (Pdf. 1, fls. 8 a 12).

- Sobre los Incrementos Pensionales

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso:

“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta

última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994”.

Al efecto conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado