

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-037-2021-00204-01
DEMANDANTE:	ETELVINA DE LAS MERCEDES ACEVEDO DE CARREÑO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 14 de julio de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reliquidación pensión
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia del 14 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ETELVINA DE LAS MERCEDES ACEVEDO DE CARREÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-037-2021-00204-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora **ETELVINA DE LAS MERCEDES ACEVEDO DE CARREÑO** a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se condene a la demandada a reliquidar su pensión de vejez, a partir del 13 de agosto de 2012, en cuantía de \$938.061, con sus incrementos legales desde el 1º de enero de 2013, junto con el pago de las diferencias adeudadas, la indexación, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el otrora ISS mediante Resolución 35271 del 24 de noviembre de 2004, le reconoció la pensión de vejez desde el 1º de diciembre de 2003, teniendo en cuenta 1.285 semanas de cotización y un IBL de \$531.920, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, es por ello que la cuantía inicial de la pensión fue determinada por la entidad en \$396.940. Adujo que tanto ante el ISS como ante Colpensiones, ha reclamado la reliquidación de su pensión, dado que el IBL, las semanas de cotización y la tasa de reemplazo que le fueron aplicadas, habían sido inferiores a las que realmente correspondían. Dijo que en atención a ello, Colpensiones emitió la Resolución GNR 386088 del 30 de noviembre de 2015, reconociendo que el IBL que le fue aplicado para el 1º de diciembre de 2003, había sido el equivocado, pues el mismo en realidad correspondía a \$807.362, al igual que el número de semanas cotizadas, pues en tal acto administrativo se indicó que en realidad contaba con 1.297, mismas que daban lugar a aplicar una tasa de reemplazo del 76%, y es por ello que, la entidad demandada definió como valor de la primera mesada la suma de \$613.595, no obstante, reajustó ese valor desde el 13 de agosto de 2012, sin tener en cuenta que esa suma se determinó desde el 1º de diciembre de 2003, de suerte que al aplicarle los ajustes legales de los años 2004 a 2012, la cuantía de la prestación para el año 2013 corresponde a \$938.061.

¹ Folios 4 a 11 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que ha actuado conforme a derecho, por manera que los pedimentos de la activa están llamados al fracaso.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de julio de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas por la parte activa, a quien además condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que revisados los actos administrativos allegados al expediente se tiene que la entidad demandada definió el valor de la mesada pensional de \$613.595 para el año 2012, lo cual además, verificó el Despacho tomando el IBL definido en la Resolución 35270 de 2004, que corresponde a \$531.900, mismo que al aplicarle la nueva tasa de reemplazo reconocida por la encartada, que lo es del 76%, se obtiene un valor de la mesada equivalente a \$404.259 para el año 2003, misma que al ser reajustada de manera anual, arroja una mesada de \$618.030 para el año 2012, la cual resulta ser muy próxima a la definida por Colpensiones. Concluyendo que no es acertado colegir, como lo propone el

² Folios 90 a 99 archivo 07 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

demandante, que la mesada pensional que debe tomarse para el año 2003, lo es de \$613.595 y sobre esta aplicar los reajustes legales hacia futuro.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** sustenta el recurso de apelación alegando que, el IBL tomado por el Juzgado de Conocimiento, que lo fue \$531.920 conforme a la resolución proferida en el año 2004, no es el correcto. Ello, por cuanto en los primeros 5 hechos de la demanda se indicó que el otrora ISS le reconoció a la demandante una pensión de vejez, a partir del 1º de diciembre de 2003, mediante la Resolución 37271 del 24 de noviembre de 2004, teniendo en cuenta 1.285 semanas, con base en un IBL de \$531.920 y una tasa de reemplazo del 75%, para una primera mesada pensional de \$306.940, presupuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión, porque la demandada el pronunciarse sobre los mismos, procedió a su aceptación.

Agregó que en el hecho 7º de la demanda se indicó que solicitó de manera reiterada la reliquidación de su pensión, frente a lo cual Colpensiones expidió la Resolución 386088 de 2015, rectificando el IBL, las semanas de cotización y la tasa de reemplazo que había tomado inicialmente el ISS, pues revisando el mentado acto administrativo, en él se indicó que el verdadero IBL de la demandante lo era el valor de \$807.362, el cual además, fue reconocido por Colpensiones cuando contestó el hecho 9º del libelo genitor; de manera que al no existir discusión sobre este IBL, al cual se le aplicó una indiscutida tasa de reemplazo del 76%, es claro que se obtiene una mesada pensional de \$613.595, que también fue aceptada por la encartada al contestar los hechos 12 y 13 de la demanda.

Concluyendo que al no existir discusión sobre los hechos en referencia, que además, fueron excluidos del debate probatorio en la etapa de fijación del litigio, es claro que el valor inicial de la pensión corresponde a la suma aceptada de \$613.595 para el año 2003, la cual al aplicársele los reajustes legales año a año conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, arroja un valor pensional para el 13 de agosto de 2012 de \$938.061, destacando que el

error de Colpensiones en la Resolución GNR 386088 del 30 de noviembre de 2015, consistió en no aplicar ese valor de \$613.595 desde el año 2003 por efectos de la prescripción, y reajustarlo conforme a la ley desde el año 2004.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si de conformidad con la reliquidación pensional efectuada por Colpensiones a favor del actor, la mesada pensional del convocante asciende a la suma de \$613.595 desde el año 2003 y, si al darle aplicación a los reajustes de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la misma asciende a \$938.061 para el año 2012.

CONSIDERACIONES

Conforme a la lectura minuciosa del escrito de demanda y la interpretación del recurso de apelación formulado por la parte actora, entiende la Sala de Decisión que, lo pretendido por la parte activa es que se reliquide su pensión de vejez, teniendo en cuenta para el efecto como primera mesada

pensional la suma de \$613.595 desde el 1º de diciembre del año 2003, pues aunque Colpensiones procedió a reconocer la prestación en ese valor mediante la Resolución GNR 386088 del 30 de noviembre de 2015, se abstuvo de aplicar debidamente los reajustes anuales previstos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sobre dicha mesada pensional, obviando que para el año 2012, esta en realidad asciende a la suma de \$938.061.

Pues bien, a efectos de resolver el caso objeto de estudio, sea lo primero indicar que no existe discusión en cuanto a que el otrora ISS mediante Resolución 35271 del 24 de noviembre de 2004, reconoció a favor de la activa una pensión de jubilación, en los términos de la Ley 33 de 1985, desde el 1º de diciembre de 2003, en cuantía inicial de \$398.940, que fue hallada con base en un IBL de \$531.920 y una tasa de reemplazo del 75%, como se observa del acto administrativo en mención, visto a folios 13 a 16 archivo 01 del expediente digital.

Ahora bien, conforme se constata del contenido de la Resolución GNR 386088 del 30 de noviembre de 2015 militante a folios 17 a 23 del archivo 01 del expediente digital, Colpensiones resolvió reliquidar la pensión de la demandante a la luz de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de agosto de 2012. Tal reajuste se efectuó con base en 1.297 semanas, una tasa de reemplazo del 76% y un IBL de \$807.362, para una mesada de \$613.595 a la data 13 de agosto de 2012, y no, para el 1º de diciembre de 2003 como erradamente lo afirma el recurrente, pues conforme a la lectura integral del acto administrativo en referencia, es claro que la convocada efectuó la liquidación de la prestación para la anualidad 2012, ya que indicó expresamente como fecha de efectividad 13 de agosto de 2012 por efectos de la aplicación del fenómeno de la prescripción, e igualmente, refirió en la parte resolutive de su decisión que el valor de la mesada correspondiente al año 2012 lo era de \$613.595, todo lo cual se puede observar del siguiente extracto del acto administrativo en mención:

GNR 386088
30 NOV 2015

Independiente/ Subsidiado	Régimen/AI día siguiente de la última cotización previo cumplimiento de la edad.		
Dependiente	A fecha de inclusión en nómina cuando no hay retiro del sistema de pensiones		
Dependiente empleadores	con	varios	A fecha de inclusión en nómina cuando los empleadores en un término no superior a cuatro (4) años contados desde el último de los requisitos o la última cotización, omitan reportar la novedad de retiro del sistema de pensiones.

Que conforme al análisis jurídico, la interesada tiene derecho a la reliquidación de su pensión de VEJEZ.

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: 807,362 x 76.00 = \$613,595.

SON: SEISCIENTOS TRECE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE.

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que la peticionaria cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
20 años de servicio y 55 o 60 años de edad con Régimen de Transición Ley 71 de 1988- Legal.	1 de diciembre de 2003	13 de agosto de 2012	816,558.00	697,393.00	1	75.00	662,940.00	NO
1000 semanas y 55 o 60 años de edad Ley 100 - Legal	1 de diciembre de 2003	13 de agosto de 2012	807,362.00	697,393.00	1	76.00	664,213.00	SI
PENSION DE VEJEZ - Decreto 758 de 1990 - REGIMEN DE TRANSICION - MUJER	1 de diciembre de 2003	13 de agosto de 2012	816,558.00	638,521.00	1	75.00	662,940.00	NO

Que se Informará a la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, los siguientes tiempos cotizados a otras cajas para la determinación y cobro del mecanismo de financiación de la prestación reconocida.

Que será la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos, quien defina e informe a las entidades correspondientes, el mecanismo de financiación de la pensión, a través de las cuentas de cobro que genere para garantizar la financiación de las pensiones con tiempos públicos.

ADMINISTRADORA	ÉMPLEADOR	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
CONTRALORIA GENERAL DE BOYACÁ	FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES PÚBLICAS DE BOYACÁ	04/09/1969	07/07/1974

GNR 386088
30 NOV 2015

El disfrute de la presente pensión será a partir de 13 de agosto de 2012

2012	613,595.00	506,700
2013	628,567.00	584,520
2014	640,761.00	646,800
2015	664,213.00	644,350
16	684,213.00	
17	737,778	
18	781,242	

LIQUIDACION RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	152,742.00
Mesadas Adicionales	26,986.00
F. Solidaridad Mesadas	0.00
F. Solidaridad Mesadas Adic	0.00
Descuentos en Salud	19,276.00
Valor a Pagar	160,452.00

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 201512 que se paga en el periodo 201601 en la entidad bancaria CAJA SOCIAL ABONO CUENTA - BOGOTÁ PRADO 129.

ARTÍCULO TERCERO: Informar del contenido de la presente Resolución a la Gerencia Nacional de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, para la determinación y cobro del mecanismo de financiación de la prestación reconocida.

ARTÍCULO CUARTO: Esta prestación económica es incompatible con cualquier otra asignación del Tesoro Público, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia.

ARTÍCULO QUINTO: Notifíquese a la Doctora CELY SANCHEZ MARIA TERESA haciéndole saber que contra el presente acto administrativo puede interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación. De estos recursos podrá hacerse uso dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación, manifestando por escrito las razones de inconformidad, según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dada en Bogotá, D.C. a:

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Conforme a lo anterior, resulta desacertada la interpretación efectuada por la parte demandante sobre el acto administrativo en comento, toda vez que en el contenido del mismo, la entidad demandada nunca indicó que la reliquidación de la pensión de vejez del actor en valor de \$613.595, procedía desde el 1º de diciembre de 2003; antes bien, del texto literal de la resolución traída a colación, es claro que ese monto pensional, se *itera*, fue hallado por la entidad para el año 2012.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

De suerte que, no es cierto que la encartada haya aceptado que la pensión de vejez desde el 1º de diciembre de 2003, equivalía a \$613.595, en dicho acto administrativo, ni tampoco en la contestación de la demanda, pues nótese que en el hecho 15 de la demanda el actor indicó que *“Como el valor inicial de la pensión de ETELVINA DE LAS MERCEDES ACEVEDO DE CARREÑO fue de \$613.595 mensuales, al aplicarle a esa pensión los reajustes legales correspondientes a los años 2004 a 2012, para el 13 de agosto de 2013 su cuantía mensual era de \$938.061”³*; frente a lo cual Colpensiones contestó que: *“No es cierto, puesto que como se expuso mi representada ha actuado conforme a derecho, no habiendo cabida a que la afirmación por la parte actora tenga validez alguna”⁴*.

Aunado a ello, si bien en el hecho 9 de la demanda, la parte activa dijo que en la resolución de reliquidación pensional, Colpensiones reconoció que el IBL tenido en cuenta por el ISS para reconocerle la pensión de vejez, desde el 1º de diciembre de 2003 había sido equivocado, porque su verdadero valor fue de \$807.362, lo cierto es que frente a ello, la demandada en su contestación indicó que no era cierto.

Por tanto, se equivoca la parte recurrente al afirmar que era un hecho incontrovertido que la pensión de vejez fue reliquidada en el valor anteriormente señalado por la parte activa desde el 1º de diciembre de 2003, pues así se vislumbra del anterior análisis, y emana de la contestación a los demás hechos de la demanda, porque en los presupuestos fácticos 1 a 5, 7, 12 y 13, que si fueron aceptados por la pasiva, nunca se dijo que el valor de la pensión en \$613.595, procedía a partir de tal data.

Aunado a ello, cabe advertir que la Sala de Decisión al efectuar la liquidación de la pensión teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años cotizados por el actor y aplicando una tasa de reemplazo del 76%, como así lo hizo la encartada en la Resolución GNR 386088 del 30 de noviembre de 2015 militante a folios 17 a 23 del archivo 01 del expediente digital, cuyos parámetros no se encuentran discutidos por el convocante, pudo determinar

³ Folio 7 archivo 01 del expediente digital.

⁴ Folio 93 archivo 01 del expediente digital.

que resulta imposible concluir que la pensión de vejez del actor corresponda a \$613.595 desde el 1º de diciembre de 2003, y esta a su vez, luego de las actualizaciones anuales, ascienda a la suma \$938.061 para el año 2012, pues conforme a la liquidación anexa, para el año 2003 se obtuvo un valor de \$404.489, y para el año 2012 un valor de \$618.932, siendo este último muy similar al valor que definió la encartada al reliquidar la pensión para el año 2012, que se repite, lo fue de \$613.595.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1989	7	4,580	49,83	10,880	\$ 30.150,00	\$ 328.029,37	\$ 76.540,19
1990	365	5,780	49,83	8,621	\$ 41.040,00	\$ 353.810,24	\$ 4.304.691,28
1991	365	7,650	49,83	6,514	\$ 54.630,00	\$ 355.844,82	\$ 4.329.445,35
1992	366	9,700	49,83	5,137	\$ 113.167,38	\$ 581.353,65	\$ 7.092.514,52
1993	365	12,140	49,83	4,105	\$ 145.895,92	\$ 598.846,26	\$ 7.285.962,82
1994	365	14,890	49,83	3,347	\$ 174.572,27	\$ 584.213,31	\$ 7.107.928,57
1995	360	18,250	49,83	2,730	\$ 196.986,67	\$ 537.854,55	\$ 6.454.254,64
1996	360	21,800	49,83	2,286	\$ 235.363,00	\$ 537.987,99	\$ 6.455.855,94
1997	360	26,520	49,83	1,879	\$ 284.876,00	\$ 535.270,40	\$ 6.423.244,83
1998	298	31,210	49,83	1,597	\$ 389.544,90	\$ 621.948,81	\$ 6.178.024,84
1999	299	36,420	49,83	1,368	\$ 464.588,63	\$ 635.652,15	\$ 6.335.333,11
2000	90	39,790	49,83	1,252	\$ 500.333,33	\$ 626.579,79	\$ 1.879.739,38
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2003	\$ 63.923.535,47
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 532.696,13
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					76%
		Primera mesada					\$ 404.849,06
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2003	\$ 332.000,00

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 404.849,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 431.124,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 454.836,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 476.896,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 498.261,00	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 526.612,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 567.003,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 578.343,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 596.676,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 618.932,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 634.034,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 646.334,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 669.990,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 715.348,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 756.481,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 787.421,00	0,00	\$ 0,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	0,00	\$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	0,00	\$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	0,00	\$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	0,00	\$ 0,0

Puestas así las cosas, no encuentra la Sala ningún desacierto en la decisión adoptada por el Juzgado de Conocimiento, pues claramente la convocada al reliquidar la pensión de vejez del actor, no incurrió en los desatinos que le

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

fueron enrostrados desde el *libelo genitor*, siendo lo procedente confirmar la decisión opugnada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago y en favor de Colpensiones.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

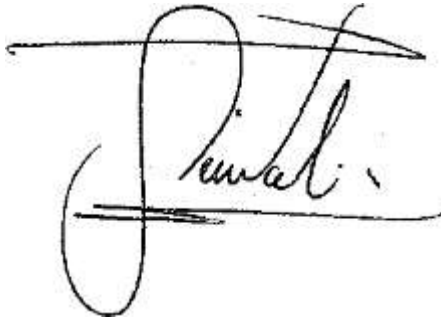
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

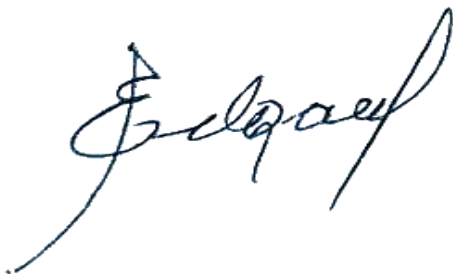
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago y en favor de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	1001-31-05-039-2019-00468-01
DEMANDANTE:	CUSTODIO PARRA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 14 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Nulidad dictamen de calificación
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **CUSTODIO PARRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA - JRCI** y la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ - JNCI** con radicado No. **1001-31-05-039-2019-00468-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que las demandadas incurrieron en error grave al momento de emitir los dictámenes para determinar su PCL; en consecuencia, de ello, se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de los dictámenes emitidos por la JRCI y la JNCI; se declare que la fecha de la estructuración de su invalidez es el 8 de junio de 2012; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez, los intereses moratorios y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 25 de octubre de 1953 y que desde hace 10 años aproximadamente se encuentra imposibilitado para trabajar debido a diversas afecciones de salud; que COLPENSIONES lo calificó con 37.2 % de PCL con fecha de estructuración del 16 de noviembre de 2016; que la JRCI lo calificó con 56.56 % de PCL con fecha de estructuración del 22 de noviembre de 2017; que la JNCI lo calificó con 56.55 % de PCL con fecha de estructuración del 22 de noviembre de 2016; que se hizo valorar por un especialista en salud ocupacional, quien conceptuó que la fecha de estructuración establecida por las juntas era errónea y que el deterioro de salud data del 8 de junio de 2012; que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero esta le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa expuso, en síntesis, que era carga del actor demostrar los errores que endilga a los dictámenes de calificación emitidos por las Juntas y que no tiene derecho a la pensión de invalidez por no cumplir los requisitos de la Ley 860 de 2003.

¹ Fs. 1-21 Archivo 01 Expediente Digital

² Archivo 02 Carpeta 02 Expediente Digital

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada.

JNCI³

La Junta se atuvo a lo que resultara probado dentro del proceso y argumentó, en síntesis, que la parte demandante pretende controvertir el dictamen experto emitido por un cuerpo colegiado interdisciplinario, pero salta a la vista la inexistencia de paridad técnica entre un documento privado aportado con la demanda y el concepto especializado de los integrantes de la Sala de Decisión de las Juntas de Calificación; que además de revestir efectos legales como prueba ante el sistema de seguridad social, es muestra del grado de experticia de los profesionales que fueron designados a partir de un concurso público de méritos a nivel nacional ante la máxima autoridad nacional, el Ministerio de Trabajo, por lo que era claro que el documento aportado fue realizado por un solo médico, demostrando que no cuenta con las mismas calidades.

Propuso como excepciones de fondo, las que denominó: legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, fundamentos de la calificación: directriz de unificación de criterios N°. 001 de 2014 - determinación técnica de la fecha de estructuración, la calificación de la fecha de estructuración de la invalidez debe fundamentarse en criterios médicos – técnicos – científicos, improcedencia de pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada, genérica.

³ Archivo 02 Carpeta 17 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

JRCI⁴

La Junta Regional se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, en síntesis, señaló que la parte demandante está solicitando incluir unas patologías para que se modifique la fecha de estructuración de la invalidez, a partir del concepto de un tercero, sin fundamentación alguna.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: buena fe de la parte demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de septiembre de 2022, declaró probadas las excepciones de legalidad del dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez e inexistencia del derecho reclamado; absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo, previa mención del ordenamiento jurídico aplicable en la calificación del estado de invalidez, de las funciones que cumplen las Juntas de Calificación, de los parámetros establecidos en el manual único de calificación de invalidez y de los derroteros jurisprudenciales establecidos cuando se presenta ante el Juez Laboral una controversia frente a un dictamen de calificación de invalidez, que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria de demostrar el error grave en que aduce incurrieron las Juntas de Calificación al establecer la fecha de estructuración de su invalidez, pues pretende que se endilgue el error por no tener en cuenta unas patologías que reposan en historias clínicas que no aportó dentro del trámite de la calificación de su PCL, aunado a que dentro del recurso de apelación que presentó contra el dictamen emitido por la JRCI, nada dijo respecto la obesidad y la eventración abdominal, como tampoco puso de presente infarto del que hoy se duele no se tuvo en cuenta

⁴ Archivo 02 Carpeta 18 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

para establecer, no solo el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también la fecha de estructuración. Agregó, que la historia clínica aportada por el actor al proceso está incompleta y como tampoco se allegó como anexo del dictamen pericial presentado con la demanda, no era posible establecer la fecha de diagnóstico de las patologías que pretende sean incluidas dentro del dictamen de calificación, por lo que no había elementos para determinar que la fecha de estructuración es del año 2012 como lo pretende la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, argumentó que tomando como referencia el artículo 167 del CGP, el cual establece el principio de solidaridad probatoria, no se debía establecer el sistema tradicional de dame la prueba y te daré el derecho, sino quien estaba en mejor posición de probar las circunstancias técnicas y especiales, por lo que la valoración probatoria debía ser flexible y no simplemente exigir a la parte demandante aportar el 100 % de las pruebas, ya que el actor es una persona de la tercera edad, discapacitada y de escasos recursos, lo que lo hace sujeto de especial protección. Además, que no se demostró que el actor hubiese sido citado para valoraciones médicas en 2011, 2012 y 2013 por parte de COLPENSIONES, ya que el actor vive en un sector rural donde es difícil que lleguen las citaciones. Asimismo, que para probar los errores de los dictámenes de las Juntas demandadas aportó un dictamen pericial que está fundado, no solamente en razones de pertinencia, sino también en lo que corresponde a la idoneidad y experiencia de una persona que tiene trayectoria en el sector.

De otro lado, adujo que el sistema que se encarga de hacerle trampa a personas que se encuentran en una posición de inferioridad, por lo que el Despacho tuvo que haber tenido en cuenta la regla del CGP que se llama el equilibrio entre las partes y de esa manera hacer una ponderación para en este momento hacer el análisis de la prueba quien estaban en condiciones de mejor probar, si las Juntas o el demandante. Añadió, que cuando presentó el recurso de apelación contra el dictamen de la JRCI no contaba con el dictamen pericial aportado con la demanda, pero que se debe tener en cuenta que la jurisprudencia laboral ha indicado que los

dictámenes o los formalismos que exija la Junta no limitan al Juez y, en este caso, no solamente se le pasaron la pruebas a las Juntas sino que también se le aportaron al Despacho en orden cronológico, que demuestran que una enfermedad nace en el año 2005 e inclusive una historia clínica del 9 de agosto de 2011, indica una eventración y el criterio de obesidad y con eso se podía establecer un histórico de la existencia la patología, por lo que exigirse que se demostrara cuando nació efectivamente la enfermedad o de cuando viene su evolución es ajeno a la situación y a la pretensión. Finalmente, indicó que el demandante siempre se desempeñó como independiente en oficios varios, por lo que no podía indicar una sola actividad en su rol laboral a la hora de la calificación y; además, que cuando se adelanta un trámite ante la JRCI o la JNCI se tienen que cumplir con unos deberes lógicamente, como el deber de lealtad, pero por el hecho de no haberse presentado la totalidad de las pruebas dentro de ese trámite, se puede decir que no existieron errores en el dictamen, pues de manera explícita se le debió decir por las Juntas que aportara las historias clínicas de determinado año para presentar el recurso de apelación contra el dictamen, en razón a que no conocía el expediente administrativo que la Junta tenía en su poder, por lo que básicamente el criterio de la JNCI fue caprichoso, arbitrario y negligente y esa fue la postura que vino a defender el Dr. Amaya.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el recurso de apelación propuesto por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales,

se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁵, el determinar si es procedente modificar la fecha de estructuración de la PCL del demandante. De ser así, se deberá establecer si este tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que la Junta Médico- Laboral de COLPENSIONES calificó al demandante, mediante dictamen del 4 de enero de 2017, con 37.2 % de PCL de origen común, estructurada el 16 de noviembre de 2016 (fs. 25-29 Archivo 01 ED); **2.** Que la JRCI de Bogotá y Cundinamarca calificó al actor a través de dictamen del 6 de abril de 2018, con 56.55 % de PCL de origen común, con fecha de estructuración del 22 de noviembre de 2017 (fs. 57-60 Archivo 01 ED); **3.** Que la JNCI a través de dictamen del 25 de septiembre de 2018, confirmó la calificación emitida por la JRCI (fs. 65-71 Archivo 01 ED); **4.** Que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero esta le fue negada mediante Resolución SUB 330531 del 27 de diciembre de 2018 (fs. 47-51 Archivo 01 ED).

Para resolver el problema jurídico planteado es obligatorio referir que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1352 de 2013, las Juntas de Calificación de Invalidez son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones, en principio, son de carácter obligatorio, y tienen como finalidad, la evaluación técnico científica del origen y el grado de pérdida de la capacidad laboral de aquellas personas que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012.

⁵ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

En desarrollo de sus funciones, las Juntas de Calificación de Invalidez, emiten dictámenes de naturaleza puramente técnico-científico, debiendo para ello ceñirse al manual único de calificación de invalidez contenido en el Decreto Reglamentario 1507 de 2014, donde se establecen las pautas para calificar el origen, fecha de estructuración y el grado de pérdida de la capacidad laboral, como consecuencia de la enfermedad o del accidente y definir la deficiencia, discapacidad y minusvalía, así como la determinación de su origen.

La Ley ha dispuesto la organización jerárquica de las Juntas de Calificación de Invalidez, indicando los procedimientos que en relación a sus funciones les competen, es así, que la Junta Nacional de Calificación de invalidez tiene a su cargo la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las juntas regionales, sin que en esta organización administrativa exista un superior jerárquico a la Junta Nacional de Calificación de invalidez, convirtiéndose así en la última instancia de calificación de la PCL de los afiliados al SGSSI.

Ahora, cumple indicar que de conformidad con el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013, las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la Justicia Ordinaria Laboral, siendo pertinente señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta no son intocables y que el Juez laboral y de la Seguridad Social tiene la potestad de analizar los hechos demostrados, es decir, el entorno fáctico y el conjunto de circunstancias a partir del cual se dio la calificación, sin embargo, dicha facultad tiene un límite. En sentencia la SL1044 del 20 de marzo de 2019 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, dijo la CSJ:

“De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (...) Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías". (Subrayas de la Sala).

En el caso concreto, sostiene el recurrente que existen en el plenario los medios de prueba que acreditan que existió error de la JRCI y la JNCI al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez del promotor de la acción, la cual, de conformidad con lo indicado por el experto en salud ocupacional que emitió el dictamen pericial aportado con la demanda, data del año 2012 y no del 2017 como lo establecieron las Juntas demandadas. Sin embargo, debe indicar la Sala que analizados con minuciosidad, tanto el dictamen pericial referido, como la historia laboral del demandante, indefectiblemente debe colegirse que no existen elementos de juicio con la identidad suficiente para considerar que desde 2012 el señor CUSTODIO PARRA presenta una PCL superior al 50 % y, por tanto, no podría establecerse que desde esa anualidad se estructuró su estado de invalidez, lo anterior resumido en una premisa fáctica que controvierte de forma certera el planteamiento hecho por el apoderado de la parte demandante desde la demanda y el recurso de apelación, esto es, que la aparición de determinada patología o el establecimiento de un diagnóstico determinado, no se traduce automáticamente en que el paciente deba considerarse una persona invalida, pues de conformidad con el manual único de calificación, tal como lo indicó el Dr. MANUEL AMAYA, perito que sustentó en audiencia el dictamen emitido por la JNCI, son múltiples los factores que se han de tener en cuenta para dictaminar el grado de PCL que una patología genera en una persona y la fecha a partir de la cual puede empezar a considerarse que dicha patología le generó la invalidez, como por ejemplo, que el diagnóstico debe permanecer por lo menos durante 540 días.

Ahora, aduce el recurrente que el dictamen pericial aportado con la demanda es una prueba determinante para demostrar el error en el establecimiento de la fecha de estructuración de la invalidez del actor. No obstante, revisado por la Sala

el mencionado dictamen, se tiene que el mismo no cumple con los requisitos del artículo 226 del C.G.P., en especial el dispuesto en el numeral 10 que establece que se debe *“Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen”*, lo anterior por no contener los anexos mínimos que soportan la experticia, pues como lo indicó la operadora judicial de primer grado, la historia clínica del demandante, y en la que se indica en el dictamen se basó el perito para hacer su experticia, no está completa, pues obran unos registros clínicos del año 2005; posteriormente se pasa a unos registros del año 2011 dentro de los cuales aparece el concepto médico del 8 de junio de 2012, sobre el cual sustentó el Dr. RICARDO ÁLVAREZ se debía establecer la referida data como la fecha de estructuración de la invalidez del actor, pero lo cierto es que no se puede evidenciar cómo el perito llegó a la conclusión de que para ese momento las patologías que presentaba el demandante (Diabetes mellitus, Cardiopatía Isquémica e hipertensión arterial), le generaban una PCL superior al 50 %, aunado que, por lo incompleto del historial clínico, ni siquiera es posible establecer la fecha de diagnóstico de las últimas dos patologías referidas, ni mucho menos el momento en que fue diagnosticada la obesidad que se establece como antecedente en la valoración del 8 de junio de 2012, y tampoco la fecha del infarto que aduce el apoderado de la parte actora debe ser incluido en el dictamen de calificación.

Debe indicarse que el hecho de que el médico tratante, en la valoración del 8 de junio de 2012 haya remitido al señor CUSTODIO PARRA a medicina laboral a fin de establecer si presentaba una invalidez producto de los diagnósticos antes referidos, ello no implica automáticamente que para ese momento la PCL del actor superará el 50 % y mucho menos la fecha de estructuración establecida por las Juntas demandadas sea errónea, pues precisamente lo que indicó el profesional de salud era que ello debía ser determinado por el médico laboral, pero no emitió un concepto médico-científico donde estableciera que en efecto el actor en ese momento fuera una persona invalida, pues para tal determinación no solo es necesario evaluar el diagnóstico, sino las secuelas que estos han dejado en salud del paciente, el lapso que ha permanecido, su posibilidad de recuperación, la adherencia al tratamiento del paciente, pues así lo establece el manual único de calificación, por ello, se reitera, que la sola presencia del diagnóstico no se traduce per sé en el estado del invalidez.

Ahora bien, el recurrente sostiene que, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., no se debió exigir a la parte demandante que aportara los medios de prueba que se echan de menos para poder determinar que en efecto existe el error que se endilga a los dictámenes de calificación confutados, sino que se debió acudir al principio de la carga dinámica de la prueba y exigir dichos medios a quien estuviera en mejor posición de aportarlos. Al respecto, hay que señalar que el argumento resulta a toda luces desacertado, pues bajos las reglas de la lógica y la sana crítica, quien estaría en mejor posición de allegar al proceso el historial clínico es el paciente, por la sencilla razón de que es el titular de la información médica que en tal historial se registra, y si bien por virtud de los dictámenes de calificación realizados por las entidades demandadas estos pueden tener en su poder dicho historial o parte de él, no puede pasarse por alto que ello se debe única y exclusivamente porque ha sido el afiliado quien se los ha remitido, pues de ninguna otra forma, atendiendo el derecho al habeas data, estas entidades tendrían acceso a la historia clínica de una persona, por lo que no resulta una exigencia procesal desmedida, el hecho de que la A quo hubiese indicado que la carga de aportar dicho medio de prueba recaía en la parte demandante y no en las demandadas.

Asimismo, de acuerdo con los argumentos de alzada, el hecho de que el actor sea una persona de la tercera edad, discapacitada, de escasos recursos y sujeto de especial protección, no implica que el Juez deba relevarse del análisis probatorio que corresponde para tomar la decisión de fondo que resuelva determinado asunto o que de por probados hechos por la sola afirmación de una de las partes o que de por demostrados aspectos que no encuentran sustento en los medios de prueba aportados al proceso, pues esa circunstancia iría en contravía de los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 29 y 230 Superiores.

De otro lado, debe indicarse que si bien la A quo señaló que las patologías que la parte actora pretende sean tenidas en cuenta dentro del dictamen (obesidad e infarto) no fueron objeto de reproche dentro del recurso de apelación que se presentó contra el dictamen emitido por la JRCI, esa no fue la *ratio decidendi* de la sentencia apelada, más bien se constituyó en un *obiter dicta*, pues lo cierto es que fue sumamente clara y reiterativa la falladora de primer piso, en cuanto que no

existían elementos probatorios suficientes, por no haber sido aportados por la parte actora, para demostrar el error que se endilga a los dictámenes emitidos por la JRCI y la JNCI, criterio que, como se dejó sentado en líneas que anteceden, comparte enteramente esta Sala de Decisión.

Y es que al revisar de forma minuciosa el plenario y analizar en su conjunto todo el acervo probatorio, no se encuentra un elemento de juicio con la identidad suficiente que lleve a la Sala a colegir que la Junta erró al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez de la promotora de la acción, razón por la que sin apoyo en un medio de convicción no es posible establecer la fecha de estructuración que se pretende en la demanda.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

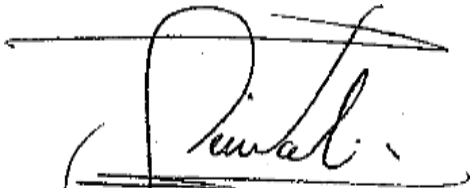
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 14 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al

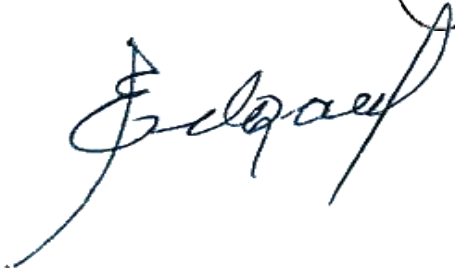
momento de su pago, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-002-2019-00304-01
DEMANDANTE:	RAMIRO ROPAÍN LOBO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 25 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor, respecto de la sentencia del 25 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RAMIRO ROPAÍN LOBO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-002-2019-00304-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor RAMIRO ROPAÍN LOBO a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., así como la afiliación realizada ante la AFP Porvenir, por la omisión en el deber de información por parte de las AFP; como consecuencia, condenar a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a trasladar los aportes en pensiones por él realizados, tales como cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, conforme lo dispone el artículo 1747 del C.C., es decir, con todos los rendimientos financieros causados; condenar a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por las AFP, e incorporarlos a la historia laboral debidamente detallada; condenar a las convocadas en costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de mayo de 1.957, motivo por el cual a la fecha cuenta con 61 años; además, que comenzó a cotizar al otrora ISS el 19 de marzo de 1.987 hasta el 31 de junio de 1.996, cuando se trasladó a la AFP Colfondos S.A. Añadió que el 1º de agosto de 1998, realizó un nuevo traslado a la AFP Porvenir S.A., sociedad a la cual se encuentra afiliado actualmente. Indicó que no es beneficiario del régimen de transición y que al momento del traslado de régimen no le fue explicado de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios de tal cambio, ni la diferencia tan significativa que existe en el monto de la pensión entre un régimen y otro que hoy se evidencia. Concluyó indicando que elevó ante las demandadas, sendas solicitudes de traslado, las cuales le fueron resueltas en sentido desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

¹ Folios 1 a 17 archivo 001 del expediente digital.

² Folios 97 a 109 archivo 001 del expediente digital.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la parte activa se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., lo cual se sustenta en lo previsto en el Decreto 692 de 1.994 en su artículo 11; aunado a que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal e), la cual le resulta plenamente aplicable, toda vez que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1.994, en virtud de lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS³

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones invocadas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, asesorándosele acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, la posibilidad de hacer aportes voluntarios. Agregó que el accionante de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la AFP, así como tal documento lo expresa, por manera que no es procedente acceder a las pretensiones invocadas, porque

³ Folios 125 a 136 archivo 001 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación de la activa fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.⁴

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo, más aún cuando tenía conocimiento el demandante de las características, condiciones, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro individual, pues fueron informadas por el asesor comercial de manera verbal al momento de su afiliación, además, efectuó múltiples traslados horizontales entre Administradoras de Fondo de Pensiones que en cualquiera de los casos deberá entenderse como actos de ratificación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A.; en

⁴ Folios 162 a 179 archivo 001 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

consecuencia, condenó a las demandadas Colfondos y Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor junto con el bono pensional y los rendimientos, e igualmente, devolver a esta entidad, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; ordenó a Colpensiones aceptar al actor en el RPM, reactivar su afiliación sin solución de continuidad y corregir su historia laboral, conforme los dineros trasladados del RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e impuso costas a cargo de Colfondos S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que el traslado realizado por el actor al RAIS no está llamada a surtir efecto alguno, como quiera que Colfondos S.A. no cumplió con el deber de información ante el demandante a la data de la celebración del acto jurídico en mención, pues no le advirtió los efectos positivos y negativos de su decisión, como así lo ha previsto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para la toma de una decisión libre y debidamente informada, acotando que era carga de la AFP de acreditar el cumplimiento de tal obligación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación alegando que, el Juzgado efectuó una indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso, pues aunque no se aportó el formulario de afiliación suscrito por el actor ante la AFP Colfondos S.A., lo cierto es que mediante la confesión y los indicios, es posible advertir que en el caso analizado sí existió una asesoría precontractual, con una información clara y oportuna, para realizar un traslado libre y voluntario, aunado a que existió un acompañamiento del actor por parte de cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones a las cuales se afilió, pues este manifestó que sus

asesores siempre estuvieron visitándolo para los respectivos traslados que llevó a cabo; sumando a ello que el demandante estuvo afiliado a las diferentes Administradoras de Fondos de Pensiones bajo su convicción, lo que denota una clara confesión de permanencia. Añadió que la información recibida por el demandante en un período de 23 minutos, constituye un indicio de una debida asesoría, porque en ese tiempo es posible expresar de manera clara lo relevante sobre el RAIS, y en la que no es creíble que simplemente se le haya indicado al actor que el ISS iba a desaparecer, aunado a que en su interrogatorio expresó en varias preguntas que no recordaba lo sucedido, de manera que sí existió una información adicional a la que reconoció en la respectiva diligencia.

Advirtió que es equivocado señalar que al afiliado se le deben informar las ventajas y las desventajas de cada régimen pensional, porque lo cierto es que en cada uno existen distintas formas de financiación, y ello es lo que debe ser de conocimiento del convocante de manera previa al traslado, al encontrarse previsto en la norma aplicable. Agregó que pese a la inversión de la carga de la prueba, no es posible para la parte pasiva demostrar un hecho ocurrido en el año 1996, menos aun cuando para la época no era obligatorio dejar una evidencia documentada del traslado, adicional al formulario de afiliación.

Concluyó que, en caso de confirmarse la decisión opugnada, se debe mantener la orden de remitir con destino a Colpensiones todos los aportes del actor con las sumas adicionales que estipuló el *A quo*, e igualmente, no se le debe imponer costas de segunda instancia, por tratarse de un tercero de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por RAMIRO ROPAÍN LOBO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en

las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicales 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22

de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen

el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Precisado lo anterior, considera la Sala oportuno indicar que aun cuando la demandada Colfondos S.A. en comunicación de 24 de enero de 2019, le indicó al accionante que suscribió el formulario de afiliación número 759580 de manera libre y voluntaria, como se observa a folio 75 del archivo 001 del expediente digital, el mismo no fue aportado a las diligencias por ninguno de los comparecientes. Con todo, tal documento no permitiría advertir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Y es que, tales formatos de afiliación que no se elaboran libremente por la AFP del RAIS demandada, dado que estos atienden unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, no exoneran a las entidades para que cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a la AFP COLFONDOS S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP primigenia acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio COLFONDOS S.A. podía hacer uso de cualquiera de los medios de

prueba avalados por la ley, para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, contrario a lo referido por Colpensiones, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada COLFONDOS, pues el actor fue claro y contundente en manifestar que lo que lo motivó a trasladarse de régimen, fue la información relativa a que el otrora ISS se iba acabar, aunado a que Colfondos sería la mejor opción porque tendría una mayor pensión a una menor edad, lo cual fue indicado en una reunión de 20 a 25 minutos, agregando que no fue informado sobre la existencia de una cuenta individual que generaría rendimientos financieros, tampoco que podía hacer aportes voluntarios o qué sucedería con sus ahorros en caso de fallecer, (Min. 00:43:24-01:08:16 archivo 20 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP,

dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor

de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada **COLPENSIONES** manifiesta que no se le debe imponer costas en esta segunda instancia, lo cual de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, resulta improcedente, toda vez que no prosperó su recurso de apelación, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

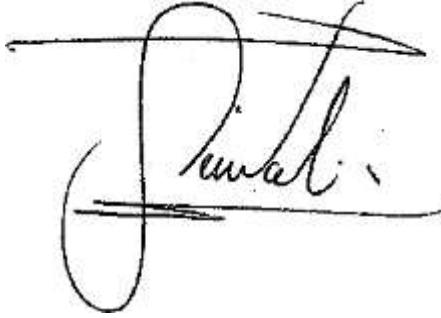
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al

momento de su pago y en favor de la parte DEMANDANTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-017-2019-00769-01
DEMANDANTE:	MARTHA GONZÁLEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 23 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 23 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA GONZÁLEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-017-2019-00769-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen efectuado el 4 de diciembre de 1997 ante PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se condene a las demandadas a realizar la anulación del traslado al RAIS y las afiliaciones posteriores efectuadas en dicho régimen; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar COLPENSIONES todo el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, frutos e intereses, y demás emolumentos cancelados con motivo de la afiliación; se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar los gastos de administración y las primas de seguros previsional; se ordene a COLPENSIONES que la reciba en el RPM y actualice su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al RPM el 5 de julio de 1980 y cotizó en dicho régimen un total de 589 semanas; que el 4 de diciembre de 1997 se afilió a PORVENIR S.A. sin haber recibido ilustración suficiente por parte de la AFP, ya que el argumento que utilizó el asesor era que el ISS se iba a acabar y sus aportes se perderían; que el 22 de noviembre de 2006 fue persuadida por asesores de COLFONDOS S.A. para que se trasladara a esa Administradora, pero tampoco se le brindó la debida asesoría ni se le proporcionó información sobre las consecuencias de permanecer en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que la afiliación de la demandante con la AFP se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, genérica.

¹ Fs. 8-18 Archivo 02 Expediente Digital

² Fs. 139-154 Archivo 02 Expediente Digital

COLFONDOS S.A.³

La AFP se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas y argumentó que al momento del traslado de la demandante la AFP se le suministró la información suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez fuera solicitada, ya que la misma se calcula a partir de tres variables: i) la edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los beneficiarios de la pensión; ii) el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él; y iii) la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado; siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implique riesgo para la afiliada, pues la Superintendencia Financiera en su deber de garante establece unos topes mínimos de rendimientos por los cuales las AFP deben responder a sus afiliados (artículo 16 decreto 656 de 1994), por lo que de la concurrencia de éstas tres variables radica el monto del reconocimiento pensional, por ello, esto depende directamente de la afiliada más no de la AFP, como lo pretende hacer ver la parte actora.

Propone como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES⁴

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del Fondo privado, suministró la totalidad de la

³ Fs. 239-255 Archivo 02 Expediente Digital

⁴ Fs. 202-213 Archivo 02 Expediente Digital

información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del RPM con destino al RAIS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 23 de agosto de 2022, declaró que el traslado de la demandante al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; condenó PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la actora, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la Aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses; ordenó a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., devolver los gastos de administración y las comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, los que debían ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con cada una de esas AFP; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de Fondos que efectúen las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y a convalidarlos en la historia laboral y; condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada frente a la condena de devolver los gastos de administración y demás emolumentos debidamente indexados y con cargo al patrimonio de la entidad, aduciendo en síntesis, como motivos de disidencia, que se debe acudir al Código Civil como referente en ese asunto porque se deben tener en cuenta las restituciones mutuas a las que se refiere el artículo 964 de esa norma, como quiera que los gastos de administración se relacionan con los frutos producidos que son la rentabilidad del capital, por lo que esos gastos son la retribución por la labor desplegada por la AFP para administrar el capital pensional. Además, que ordenar devolver esos gastos a COLPENSIONES resulta inequitativo con la AFP del RAIS, toda vez que la despoja de unas sumas causadas por la buena gestión realizada mientras la demandante estuvo vinculada al Fondo, por lo que, como quiera que al declararse la ineficacia las cosas vuelven a su estado anterior, no resulta procedente que se ordene devolver los rendimientos porque estos no se hubiesen generado en el RPM.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no es procedente la condena en costas, ya que COLPENSIONES, en esta clase de procesos, necesariamente debe ser demandada por ser un tercero de buena fe, pues en caso de que se declare la ineficacia, será la AFP que deba asumir la administración de la afiliación de la parte demandante, por lo que la posición que asume dentro del proceso es de acuerdo a la ley, la cual indica que a quien le falten menos de diez años para cumplir la edad de pensión, no se puede trasladar de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARTHA GONZÁLEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no

acreditó **PORVENIR S.A.**, ni ninguna de las AFP del RAIS convocadas al proceso, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (f. 29 archivo 02 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y también con Horizonte, AFP absorbida por PORVENIR, y con **COLFONDOS S.A.** (fs. 64-66, 130-131, 257 archivo 02 ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que

correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante el actor a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la actora fue clara al manifestar que el día que suscribió el formulario de afiliación con la AFP fue porque el asesor lo abordó en un pasillo del Hospital en que él trabajaba y le indicó que el ISS se iba a acabar, por lo que le era conveniente trasladarse de régimen porque iba a mantener las mismas condiciones de ISS (Min. 13:21-36:35 archivo de audio y video 01 carpeta 04).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017,

SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades

constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada **COLPENSIONES** manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que fue acertada la decisión de la A quo de imponer condena en costas contra COLPENSIONES de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de la entidad durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, pero en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

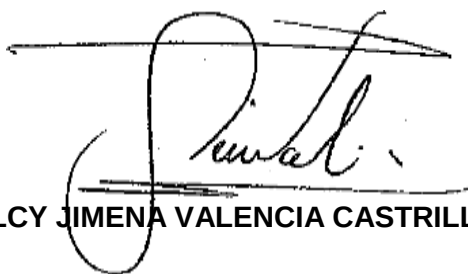
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un

SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2021-00246-02
DEMANDANTE:	DIEGO ALONSO PINEDA TORRES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 26 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas Porvenir S.A., Skandia y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última, respecto de la sentencia del 26 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO ALONSO PINEDA TORRES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con radicado No. 11001-31-05-023-2021-00246-02.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor DIEGO ALONSO PINEDA TORRES a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., así como las afiliaciones realizadas con posterioridad, por la omisión en el deber de información por parte de las AFP, e igualmente, que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia, condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; condenar a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes en pensión como afiliado al RPM hasta el mes de junio de 1994, cuando se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; además, efectuó afiliación ante la AFP Protección, la AFP Skandia y la AFP Colfondos, siendo esta última la entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado. Que ninguna de las administradoras de pensiones privadas a las cuales se vinculó, le explicaron de forma clara y comparada cuáles eran la diferencias entre el RPM y el RAIS, ni las ventajas o desventajas de cada uno de los mencionados regímenes, menos aún cuales eran los requisitos para acceder a una pensión en el nuevo

¹ Folios 1 a 14 archivo 1 carpeta 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

régimen pensional de manera comparada con el RPM. Dijo que elevó solicitud ante las AFP demandadas tendiente a obtener la ineficacia de traslado, misma que fue negada por Protección, Skandia y Colfondos, acotando que Porvenir S.A. no emitió respuesta. Que solicitó ante Colpensiones la activación de su afiliación a dicha entidad, empero en la respuesta que le fue dada únicamente se le indicaron los casos en los cuales procede la solicitud de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que si el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a él brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

² Folios 786 a 809 archivo pdf de la carpeta 12 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS³

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación del demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección; aunado a que sus asesores comerciales brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.⁴

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que la afiliación realizada por la parte demandante con Porvenir en el año 1994 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico

³ Folios 436 a 453 archivo pdf carpeta 09 del expediente digital.

⁴ Folios 162 a 136 archivo pdf carpeta 08 del expediente digital.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá

en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.⁵

La demandada SKANDIA S.A. se opuso a la pretensiones invocadas en su contra, para lo cual manifestó que el actor al momento de afiliarse, venía de estar vinculado con otras AFP, por lo que ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante, las cuales son AFP que pertenecen al mismo régimen pensional de SKANDIA, presentan las mismas características en materia pensional, siendo la única diferencia la rentabilidad, toda vez que entre administradoras del mismo régimen se manejan rentabilidades variadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

⁵ Folios 621 a 641 archivo pdf carpeta 10 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.⁶

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que del formulario de vinculación que suscribió el señor Diego Alonso Pineda Torres, es evidente que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Añadió que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., así como las afiliaciones posteriores que efectuó dentro del RAIS; en consecuencia, condenó a todas las administradoras de fondos de pensiones demandadas devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, junto con los rendimientos causados, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, todo ello

⁶ Archivo pdf carpeta 11 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

debidamente indexado, autorizando descontar los dineros que fueron trasladados entre fondos con ocasión a las diferentes vinculaciones que presentó el demandante; declaró que el actor se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que los fondos privados hayan cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA PORVENIR** sustenta el recurso de apelación alegando que, no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, toda vez que no es jurídicamente posible impartir doble condena por tales conceptos, pues ya se le ordenó la entrega de los rendimientos financieros con destino a Colpensiones, mismos que incluyen la indexación requerida por el Juzgado. Añadió que tales emolumentos no son parte integrante de la pensión y en esa medida se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

A su turno, la demandada SKANDIA S.A., formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis que debe revocarse la condena por devolución de gastos de administración, seguros previsionales y descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que existe norma en la que de manera taxativa se prevén los dineros que deben ser devueltos en este tipo de casos, como lo es el Decreto “3925 de 2008” artículo 7º, en el cual se refiere

que se deben remitir los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía de pensión mínima, sin hacer ninguna alusión a los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales; y es que la norma en mención guarda relación armónica con la Ley 100 de 1993, pues en esta se consagra claramente la destinación específica que se ha otorgado por el legislador a tales emolumentos, mismos que fueron invertidos en la correcta administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, que por tal razón ya no se encuentran en su poder. Agregó que al ser sumas que se causan de manera periódica, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, la cual deberá declararse, en caso de permanecer la condena impuesta por el *a quo*. Dijo que las primas de los seguros previsionales ya no se encuentran en su patrimonio, al ser usadas en el pago de las pólizas contratadas en beneficio del demandante, las cuales en todo caso, también se encuentran afectadas por la prescripción, a la luz de lo previsto en el Código de Comercio para los contratos de seguros, cuya acción prescribe en dos años. Concluye indicando que la indexación no tiene lugar, porque ello constituye una doble condena, ya que tal emolumento se encuentra incluido en los rendimientos financieros que también están sujetos al traslado, siendo por tanto procedente, declarar probada la excepción de compensación.

A su turno la demandada COLPENSIONES, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto que no existen elementos de juicio que evidencien vicios del consentimiento o dolo, aunado a que no existía una expectativa legítima para el demandante, como quiera que a la hora del traslado no contaba con 750 semanas al ISS y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, conforme a la sentencia C-789 de 2002 que desarrolló la llamada expectativa legítima. Señaló que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 y no es beneficiario del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencias SU 130 del 2013 y la SU 062 del 2010. Dijo que debe tenerse en cuenta en el presente caso la sentencia SL3752 del 2020, según la cual los traslados horizontales efectuados en el RAIS reúnen los elementos propios de los actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado decide continuar en dicho régimen, e incluso supone cierto

conocimiento respecto del funcionamiento del RAIS, sus beneficios, desventajas y su modo de operar, de ahí que se reafirme en continuar, aun teniendo la posibilidad de retornar a Colpensiones; ello es así porque el demandante realizó más de 3 traslados entre AFP, decidiendo continuar realizando sus cotizaciones al RAIS, de manera libre y voluntaria sin manifestación de alguna inconformidad durante su afiliación a los fondos privados. Concluye que la simple inconformidad del actor con el valor de la eventual pensión que se le reconocería en el RAIS, no constituye prueba que su traslado se haya producido por causa de un engaño o por una equivocada información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por DIEGO ALONSO PINEDA TORRES al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, entre ellas, la devolución de

gastos de administración, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el fondos de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a

sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con raditaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan

en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Precisado lo anterior, considera la Sala oportuno indicar que aun cuando la demandada Porvenir certificó que la parte activa se trasladó a dicha administradora el 1º de septiembre de 1994, tal como se observa a folio 405 del archivo pdf carpeta 08 del expediente digital, el respectivo formulario de afiliación no fue aportado a las diligencias por ninguno de los comparecientes; antes bien, solo obran los formularios de afiliación a la AFP Protección del 31 de agosto de 2000 (fl. 222 archivo pdf carpeta 01 del expediente digital), a la AFP Porvenir del 28 de junio de 2002 (fl. 408 archivo pdf carpeta 08), a la AFP Skandia del 26 de julio de 2006 (fl. 227 archivo pdf carpeta 01), a la AFP Porvenir del 30 de julio de 2010 (fl. 409 archivo pdf carpeta 08) y finalmente, a la AFP Colfondos del 8 de noviembre de 2012 (fl. 240 archivo pdf carpeta 01).

Con todo, tales documentos no permiten advertir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Y es que, tales formatos de afiliación que no se elaboran libremente por las AFP del RAIS demandadas, dado que estos atienden unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, no exoneran a las entidades para que cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a la AFP PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP primigenia acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio PORVENIR S.A. podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley, para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada PORVENIR, pues el demandante fue claro en indicar que firmó el documento de afiliación ante dicha sociedad, porque le entregaron ese documento por parte de recursos humanos, sin embargo, no

recibió asesoría de ningún tipo, pues ni siquiera estaba presente un asesor (Min. 00:11:12-00:56:25 archivo de audio carpeta 32 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor, incluso aun cuando este realizó diferentes traslados entre administradoras de fondos de pensiones RAIS, pues en términos de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5188-2021 M.P., Gerardo Botero Zuluaga:

“(…) Tal postura es contraria a la adoctrinada por esta Sala de Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador”. (Subraya fuera de texto).

Asimismo, resulta acertada la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobraron cada una de las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y que además todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deber ser trasladados

debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada una de las administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido, por manera que sobre este aspecto no le asiste razón a las recurrentes.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida*

leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, menos aún sobre los gastos de administración y comisiones, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

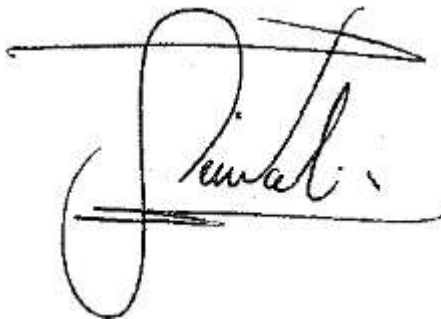
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 26 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

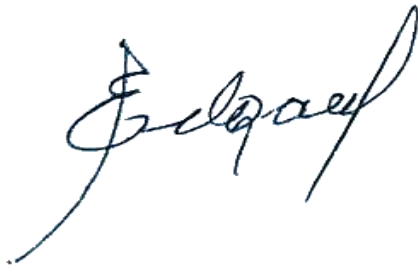
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-024-2020-00312-01
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA ZAMORA SUÁREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia 22 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por los extremos procesales, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, respecto de la sentencia del 22 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA LUCÍA ZAMORA SUÁREZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-024-2020-00312-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La señora OLGA LUCÍA ZAMORA SUÁREZ a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; como consecuencia, condenar a Colpensiones a restablecer su afiliación, así como a efectuar las acciones de cobro a la AFP Porvenir S.A., para obtener el capital acumulado en su cuenta individual, incluyendo cotizaciones obligatorias, bonos pensionales y rendimientos financieros; condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias, bonos pensionales y rendimientos financieros, para que ese capital sea tenido en cuenta como semanas cotizadas al RPM y contribuyan a la financiación de su pensión; condenar en costas y agencias en derecho al extremo pasivo.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 24 de octubre de 1.962. Adujo que laboró parta el departamento del Cesar del 6 de abril de 1.989 al 12 de abril de 1.990; además, prestó servicios para el Servicio Seccional de Salud del César del 5 de diciembre de 1990 al 18 de mayo de 1992, cuyas cotizaciones a pensión fueron efectuadas a Cajanal. Dijo que se afilió al ISS el 15 de julio de 1998 hasta el 4 de septiembre de 2003, cuando se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Que la sociedad en mención no le explicó detalladamente las consecuencias jurídicas de dicho acto, relacionadas con el valor eventual de la mesada pensional, ni las ventajas y desventajas de cada régimen, al momento de realizar el proceso de promoción para el traslado, y en general, no suministró una información suficiente para tomar una decisión sobre el cambio de régimen pensional. Indicó que elevó ante las demandadas sendos derechos de petición,

¹ Folios 5 a 18 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

pretendiendo la nulidad de su afiliación al RAIS, los cuales el fueron resueltos en sentido desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., de manera libre y voluntaria, lo cual valida su afiliación al mismo. Añadió que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

² Folios 2 a 28 archivo 05 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

**ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROVENIR S.A.³**

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto la sociedad brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad de traslado. Agregó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS, y no existen por tanto razones para ordenar gestiones administrativas para anular el traslado.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante a la AFP Porvenir S.A., efectiva a partir del 1º de noviembre de 2003; declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre permaneció en el RPM; ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la convocante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, por lo que se debe trasladar lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado, junto con los valores que se hayan deducido por concepto de gastos de administración debidamente indexados, y aportes para el fondo de garantía de

³ Folios 2 a 24 archivo 04 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

pensión mínima; ordenó a Colpensiones a recibir a la activa como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar Porvenir S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y no condenó en costas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación parcial, argumentando en síntesis que se equivocó el Juzgado de Conocimiento al no imponer costas en primera instancia, toda vez que no tuvo en cuenta aspectos como la gestión útil de la parte demandante, a quien la decisión de primer grado le fue favorable, aunado a que no incurrió en dilaciones injustificadas, la demanda fue presentada debidamente y, si bien el tema aquí planteado ha sido ampliamente decantado por la jurisprudencia, la sentencia no puede serle desfavorable a quien demanda por el desconocimiento del precedente. Refirió que tampoco puede desconocerse la duración del proceso, la cual se puede estimar en 2 años.

A su turno, la **DEMANDADA PORVENIR** sustenta el recurso de apelación alegando que, pese al precedente definido por la Corte Suprema de Justicia, no debe pasarse por alto que dicha corporación también ha indicado que deben valorarse las condiciones particulares del caso. Agregó que la única prueba con la que cuenta la sociedad es el formulario de afiliación, como único

documento exigido por la legislación vigente para la data del traslado; sumó a ello que, no se le otorgó valor probatorio al interrogatorio de parte rendido por la demandante, pues ella fue clara en manifestar que recibió la visita de uno de sus asesores comerciales en su lugar de trabajo, quien le explicó una serie de características del RAIS, no estando en cabeza de este desmotivar o desanimar la afiliación de la activa, máxime cuando la ley ha contemplado que la elección de régimen es libre y espontánea, por manera que sí cumplió con el deber de información requerido para la eficacia y validez del acto jurídico celebrado. Añadió que no es procedente la devolución de los gastos de administración, comisiones, rendimientos, sumas descontadas por el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, porque la ineficacia alegada implica que las cosas se deben retrotraer al estado inicial, que para el caso sería entender que la activa no ha estado afiliada al RAIS, en donde se generan los rendimientos del capital aportado. Dijo que además, se desconoce la gestión operacional de Porvenir S.A., en virtud de la cual ha administrado los recursos de la demandante, sobre los cuales se generaron buenos rendimientos ante el funcionamiento positivo del fondo. Señaló que la orden del Juzgado en relación con los rubros anotados genera una afectación de su patrimonio, aunado a que se han descontado con el ánimo de amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia, en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Concluyó refiriendo que la indexación ordenada se encuentra cubierta por los rendimientos financieros que se causaron a favor de la demandante.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis que el traslado de la actora se dio en aplicación de derecho a la libre escogencia de régimen pensional previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además que en el presente asunto no se puede concluir de las pruebas allegadas al plenario, que hayan concurrido vicios del consentimiento al momento en que la demandante tomó su decisión de trasladarse de régimen. Añadió que la activa como consumidora financiera, tenía la obligación de informarse sobre las consecuencias de permanecer afiliada al RAIS, sin embargo no desplegó ninguna conducta para ello, y solamente cuando se encontró inmersa en la imposibilidad de retornar al RPM,

tomó medidas para el efecto. Concluyó indicando que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia está afectando la sostenibilidad del sistema pensional, por lo que la decisión opugnada debe ser revocada por el superior.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OLGA LUCÍA ZAMORA SUÁREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la

acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que**

la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de ***“afirmaciones o negaciones indefinidas”***, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de

información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (f. 32 archivo 01), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta última pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar

constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada PORVENIR, pues aquélla fue clara en indicar que los asesores de la entidad le entregaron el formulario de afiliación para que lo firmara, sin suministrarle ningún tipo de información, acotando que ella lo hizo porque estaba atendiendo una orden de institución en la cual era contratista (Min. 00:19:06-00:29:06 archivo de audio 20 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración y demás emolumentos que cobró y descontó la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia,

precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. No obstante, la Juez de Instancia omitió pronunciarse respecto la obligación de PORVENIR S.A. de reintegrar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes por el tiempo en que la promotora de la acción estuvo afiliada a dicha AFP, como así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, todo ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del Colpensiones.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *“En ese mismo orden, la Sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición

íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada.

COSTAS

La parte demandante manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de imposición de costas procesales en contra de las demandadas. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y en caso de que la demanda prospere parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada la Juez de primer grado erró al no imponer condena en costas a cargo de las convocadas, dado que las mismas eran procedentes de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida

debe ser condenada en costas.

Motivo por el cual se revocará la decisión proferida en primera instancia, sobre este puntual aspecto, para en su lugar imponer costas de primera instancia en contra de las demandadas, las cuales deberán ser tasadas por el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada demandada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 22 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima correspondientes al periodo en que estuvo afiliada la DEMANDANTE y, que estos recursos deben ser devueltos por la AFP del RAIS demandada debidamente indexada a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia del 22 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, imponer costas de primera instancia en contra de

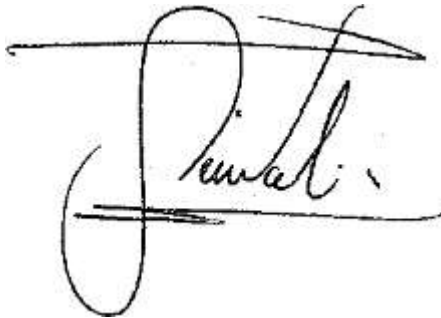
las demandadas y a favor de la actora. Tásense en primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia estudiada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones , dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-028-2021-00234-01
DEMANDANTE:	HELENA ROBAYO SALOM
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 12 de agosto de 2022
JUZGADO:	Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 12 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HELENA ROBAYO SALOM** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-028-2021-00234-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación al RAIS, efectuada a PORVENIR S.A., el 1º de abril de 1999, por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento; se declare que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS y que la entidad a la cual se encuentra válidamente afiliada es COLPENSIONES; como consecuencia de ello, se condene a esta última AFP a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que cotizó al ISS desde el 5 de agosto de 1985, un total de 334 semanas; que en abril de 1999 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., sin que al momento de esta afiliación se le hubiese informado sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional; no se le informó respecto la naturaleza propia de estos regímenes de capitalización, ni se le brindó información sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, ni fue instruida sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, ni en ningún momento se le sugirió que debía quedarse en el RPM; que solicitó a COLPENSIONES que decretara la ineficacia de su traslado, pero la solicitud fue resuelta negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que, al momento de suscribir el formulario de vinculación, la demandante recibió información de manera clara, oportuna, suficiente y cierta, por parte de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., quien en cumplimiento de su deber de información y actuando dentro de la buena fe objetiva, presentó a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del RAIS. Asimismo, se le informó de manera clara y oportuna que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus

¹ Fs. 1-26 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 2-35 Archivo 11 Expediente Digital

correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y, a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros.

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que se evidencia que la acción se proyecta con el fin de tener beneficios económicos; además, que se encuentra que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS e igualmente allí cambió de AFP, lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el art. 1754 del Código Civil y perfeccionamiento acto ineficaz del art. 898 del Código de Comercio, pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen. Finalmente, que el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.1.4 expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional y que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada.

³ Fs. 2-15 Archivo 12 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 12 de agosto de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS, 1° de junio de 1999, por intermedio de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM; condenó a PORVENIR S.A. 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 actora; condenó a **COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, previo a indicar que estos asuntos no se analizan bajo la teoría de la nulidad del acto, sino la ineficacia de la afiliación, que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada argumentando, en síntesis, como motivos de disidencia que, la jurisprudencia no puede aplicarse indistintamente sin analizar las particularidades propias de cada caso, lo cual no se aplica en este asunto, debido a que el traslado de la demandante es completamente válido por haberse dado de forma libre, voluntaria, consciente y sin ningún tipo de apremio o fuerza por parte de los asesores, lo cual se demuestra con la firma del formulario de afiliación. Agregó, que si bien el deber de información nació con la Ley 100 de 1993, este ha tenido una evolución que lo

ha hecho más específico, pero al momento en que se trasladó la actora solo era necesario entregar una información clara y suficiente, más no en los términos en que fue argumentado en la sentencia donde se exigió el deber de buen consejo y asesoría. Además, que no comparte la tesis de que el formulario de afiliación no es una prueba válida para demostrar el cumplimiento del deber de información, aunado a que la demandante también tenía la obligación de indagar sobre las consecuencias que aparejaría el traslado de régimen pensional por tener incidencia directa sobre su derecho pensional. Finalmente, sostiene que no está de acuerdo con la condena de devolver los gastos de administración, ya que los mismos se causaron por la actividad administradora que desplegó el Fondo, lo cual es precisamente lo que dio origen a los rendimientos financieros que también se ordenan devolver, lo que avala un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, como quiera que esa AFP no administró los recursos de la demandante y, frente a las primas de seguro previsional estos ya no están en poder de la entidad, debido a que fueron trasladados a la respectiva aseguradora con quien se contrató los seguros para las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada frente a la condena en costas bajo el argumento que la entidad no tiene destinado un rubro para el pago de costas y agencias en derecho, por lo que los valores para el pago de tales condenas salen de los recursos para financiar el sistema de pensiones

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la

alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por HELENA ROBAYO SALOM al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados

una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante Colpatria hoy **PORVENIR S.A.** (f. 36 Archivo 11 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formulario de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para

la época en que se afilió la demandante el actor a Colpatria hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue claro, contundente y reiterativa en manifestar que no recibió ningún tipo de asesoría por parte del representante de la AFP (Min. 18:35-26:55 archivo de audio y video 16 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, **incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración** que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. No obstante, la Juez de Instancia omitió pronunciarse respecto los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP del RAIS, deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual, en atención al Grado Jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada **COLPENSIONES** manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales. Al respecto,

conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que fue acertada la decisión de la A quo de imponer condena en costas contra COLPENSIONES de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de la entidad durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, pero en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada, se reitera, en virtud de la consulta en favor de COLPENSIONES. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad y en favor de la parte DEMANDANTE.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 12 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión y que estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de

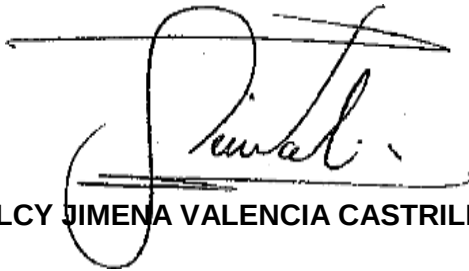
cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a cargo de cada entidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-029-2021-00175-01
DEMANDANTE:	JOSÉ LUIS GALVÁN GARCÍA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 6 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 6 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ LUIS GALVÁN GARCÍA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-029-2021-00175-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones realizada en PORVENIR, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría; que, como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar todos los aportes, cotizaciones junto con sus rendimientos a COLPENSIONES y, a esta última, activar la afiliación en el RPM.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió al RPM el 3 diciembre de 1985, y cotizó en dicho régimen hasta el 28 de febrero de 1999, un total de 342,43 semanas; que el 3 de febrero de 1999, asesores comerciales PORVENIR S.A., que estaba en su sitio de trabajo, le comunicaron sobre los supuestos beneficios de los Fondos Privados y le hicieron firmar el formulario de afiliación, pero no se le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS, ni mucho menos le calculó a futuro el valor de la mesada pensional de conformidad con sus cotizaciones y en ningún momento le informó sobre las desventajas ni las diferencias existentes entre los regímenes pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones planteadas en su contra en el libelo de la demanda y argumentó que del formulario de afiliación suscrito por la parte demandante se evidencia su libre escogencia al RAIS, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación, fue libre, voluntaria e informada tal como se observa en la declaración escrita a que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento público que se presume auténtico.

¹ Fs. 1-12 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-27 Archivo 007 Expediente Digital

Propone como excepciones de fondo: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el demandante realizó su traslado en uso a su derecho a la libre escogencia de régimen, además de haber decidió permanecer dentro del RAIS desde al año de 1999 hasta el momento de presentación de la presente demanda, ratificando su intención de permanecer en dicho régimen, y tampoco se observa la existencia de algún tipo de vicio de consentimiento dentro de su afiliación lo cual induce que su afiliación PORVENIR S.A. es válida.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el demandante a PORVENIR S.A.; declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó a RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; ordenó a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación actor por concepto de cotizaciones y rendimientos; ordenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. todos los valores por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral; se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las

³ Fs. 2-15 Archivo 008 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada argumentando que se debía modificar la decisión, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado se debía ordenar la devolución del porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, seguros previsionales y gastos de administración, ya que así lo ha establecido la jurisprudencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JOSÉ LUIS GALVÁN GARCÍA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora**

tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (f. 25 Archivo 001 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS,** no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formulario de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los Fondos Privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, aunque no fue objeto de apelación, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte

de la demandada, pues la demandante fue claro en indicar que lo único que le dijo el asesor era que se podía pensional a los 50 años; sin embargo, brilla por su ausencia prueba de que se le explicaron las condiciones propias del RAIS que debía reunir para poder acceder al derecho pensional a esa edad, por lo que de esa sola característica que de dicho régimen se le puso de presente, no podría tenerse por cumplido el deber de información (Min. 4:45-21:11 archivo de audio y video).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos. No obstante, como lo reclama COLPENSIONES en su recurso de alzada, la A quo omitió ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, fue desacertada la decisión del A quo de no ordenar PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y

los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deber ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72.467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*”.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés

general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin Costas en esta instancia por no aparecer causadas.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 6 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle

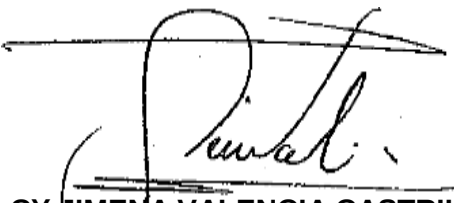
pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-033-2019-00865-01
DEMANDANTE:	HÉCTOR LIBARDO ORTEGA NARVÁEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia 11 de mayo de 2022
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor, respecto de la sentencia del 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HÉCTOR LIBARDO ORTEGA NARVÁEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-033-2019-00865-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El señor HÉCTOR LIBARDO ORTEGA NARVÁEZ a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en el mes de octubre de 2001, por la omisión en el deber de información; como consecuencia, condenar a la AFP Porvenir S.A. a tramitar de manera inmediata o en un plazo de 15 días, su regreso automático al RPM, e igualmente, el traslado de los valores de su cuenta de ahorro individual, correspondientes a las cotizaciones del riesgo derivado de la vejez; que se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 19 de marzo de 1.960, motivo por el cual a la fecha cuenta con 59 años; además, que cotizó al otrora ISS un total de 482 semanas. Añadió que el 1º de noviembre de 2000, se hizo efectivo su traslado de régimen pensional ante la AFP Porvenir S.A., para lo cual le fue informado que su pensión sería más favorable que en el ISS y se causaría antes de los 60 años, aunado a que el administrador del RPM iba a ser liquidado. Que la asesoría brindada para concretar el traslado, no contempló explicación alguna sobre sus consecuencias o conveniencia, ni tampoco implicó una proyección comparativa de la mesada pensional en ambos regímenes, menos aún se le entregó copia del reglamento de la AFP o del plan de pensiones de dicha administradora. Que conforme a proyección efectuada por la AFP Porvenir S.A., resulta más favorable la pensión que le sería otorgada en el RPM, que aquella que se generaría en el RAIS. Concluyó indicando que solicitó ante Colpensiones la nulidad de su afiliación, misma que fue resuelta en sentido negativo.

¹ Folios 3 a 20 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna dentro del expediente que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, y que su vinculación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.³

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones, para lo cual manifestó que se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían el RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Agregó que jamás se presentó una omisión de la información, dado que en

² Archivo 02 del expediente digital.

³ Folios 2 a 34 archivo 05 del expediente digital.

cuanto al nuevo régimen, se le indicó al actor que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permitieran obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, e igualmente, se le asesoró sobre excedentes de libre disponibilidad, devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a Colpensiones; y a esta a su vez, a reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir los dineros que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las codemandadas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que de las pruebas documentales y las declaraciones recaudadas en el proceso, al actor no se le brindó la información conforme a los parámetros descritos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para que se surtiera la validez del traslado efectuado al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación alegando que, en el presente caso no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento, pues conforme a lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte, no se presentó ningún tipo de coerción para efectuar el traslado de régimen pensional. Dijo que no se puede pasar por alto que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que le impide retornar al RPM.

Advirtió que si bien la AFP demandada debió informar de manera suficiente al actor, esto no lo exoneraba de concurrir lo suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la pensión de vejez, ni tampoco se encuentra sustraído de la aplicación de la Ley para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición de una temática de la mayor importancia, en la medida que de su elección dependerían las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social, y en particular el de vejez.

Agregó que debe considerarse la calidad del demandante, ya que a la fecha de traslado era mayor de edad, plenamente capaz, profesional en economía, según lo indicó en su interrogatorio de parte, motivo por el cual no se debe considerar como un afiliado lego, que pueda alegar el desconocimiento de la norma para su propio beneficio.

Indicó que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados.

Concluyó advirtiendo que en caso de confirmarse la decisión opugnada, debe condicionarse el cumplimiento de la sentencia, a la devolución de los aportes del actor, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas

abonadas, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar, debidamente indexados por el período que estuvo afiliado a la AFP, a quien igualmente, debe ordenarse no realizar descuentos por concepto de seguros de invalidez o de vejez, así como abstenerse de imponer condena en costas de segunda instancia, toda vez que Colpensiones es un tercero que no participó en el acto que se declara ineficaz.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por HÉCTOR LIBARDO ORTEGA NARVÁEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del

deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el**

simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del CGP, ante la existencia de

“*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (f. 30 archivo 01 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se

reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atender respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, cabe anotar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, contrario a lo referido por Colpensiones, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada PORVENIR, pues el actor fue claro y contundente en manifestar que se trasladó de régimen, porque en una reunión de 10 a 15 minutos, le indicaron que allí podía pensionarse a una menor edad y en menor tiempo, sin recibir ninguna información adicional sobre el RAIS (Min. 00:13:27-00:22:53 archivo 01 del expediente digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor, independiente, se *itera*, de su formación profesional, porque ello no exonera a la administradora de fondos de pensiones de cumplir con su deber de información, dado que el mismo debe ser desplegado ante cualquier tipo de afiliado. En igual sentido, resulta acertada la orden del *a quo* de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos. No obstante, como lo reclama COLPENSIONES en su recurso de alzada, la A quo omitió ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, fue desacertada la decisión del A quo de no ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo, véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a

COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72.467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin Costas en esta instancia por no aparecer causadas, ante la prosperidad parcial del recurso formulado por Colpensiones.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

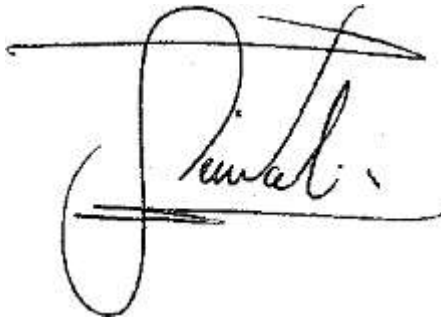
discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ