

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:	11001-31-05-025-2019-00688-01
DEMANDANTE:	TERESA BEATRIZ URIBE DE ESTEFENN
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 27 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Retroactivo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 formulado por la parte demandante contra la sentencia del 23 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **TERESA BEATRIZ URIBE DE ESTEFENN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-025-2019-00688-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de 2010, (data en que señala que su ex empleador Thema Inversiones y CIA en C.A. reportó la novedad de retiro). Como consecuencia de lo anterior, que se ordene el pago de las mesadas adicionales adeudadas desde el 1° de agosto de 2010 al 1° de marzo de 2012, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 24 de diciembre de 1941, y que inició su vida laboral a partir del 1° de enero de 1967. Adujo, que para el 1 de agosto de 2010 contaba con la edad de 68 años de edad, y más de 1000 semanas de cotización al subsistema de pensiones. Que el 30 de julio de 2010, solicitó a su empleadora Thema Inversiones y CIA en C.A. fuera retirada del sistema, sin embargo, por error de la patronal su novedad de retiro fue efectuado con posterioridad.

Que solicitó el pago de la prestación de vejez, siendo negada en principio mediante Resolución No. 108254 del 3 de junio de 2010, luego el 30 de agosto del mismo año solicitó un nuevo estudio pensional al cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Ante lo anterior, indicó que la pasiva mediante Resolución No. 03368 del 1° de febrero de 2012, reconoció la pensión de vejez a partir del mes de marzo de 2012.

Adujo, que el 15 de mayo de 2013, radicó solicitud de reliquidación de su pensión de vejez reconocida, siendo atendida parcialmente sus inconformidades mediante Resolución GNR 337999 del 4 de diciembre de 2013. Por tanto, interpuso recurso de reposición y apelación en lo concerniente a la fecha en que debió reconocerse, sin embargo, la mencionada Resolución

¹ Archivos 03 y 06 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

fue confirmada en su integridad a través de los actos administrativos del 25 de agosto de 2014 y 26 de enero de 2015.

Por último, que el 12 de septiembre de 2013, se expidió certificado por parte de la EPS SALUD COLPATRIA, en que consta que estuvo afiliada hasta el 1° de agosto de 2010.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que la pensión de vejez se reconoció conforme a derecho al no existir novedad de retiro en la fecha indicada por la demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, Inexistencia del derecho de la demandante, cobro de lo no debido, genérica y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de julio de 2023, declaró que la actora tiene derecho a la pensión de vejez desde el 1 de agosto de 2010, a su vez, declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de todas las condenas incoadas en su contra.

Como fundamento de su decisión, estableció el *A quo* que no es objeto de discusión el hecho de que la actora es pensionada bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, según lo aceptado por la pasiva y según las documentales aportadas al plenario. Que posteriormente, Colpensiones realizó una reliquidación de la pensión conforme al IBL de los últimos 10 años, con un porcentaje del 75% en concordancia con el Decreto 758 de 1990, por régimen de transición. Por tanto, estimó, que no es motivo de discusión la mesada pensional ni el IBL aplicado, debiendo analizar si es viable el retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2010

al 1 de marzo de 2012, data en que empezó a pagar la pensión conforme al acto administrativo de reconocimiento.

Señaló que conforme al reporte de semanas de cotización aportado por la demandada y que no fuera tachado o desconocido por las partes, se aprecia que la última cotización de la demanda lo fue en efecto el 31 de julio de 2010 y no el 1 de marzo de 2012 como erróneamente lo consideró la entidad demandada al momento de resolver la solicitud pensional, argumentando que no se apreció desafiliación al sistema, posición que es contraria a los postulados del Sistema General de Seguridad Social y a la jurisprudencia patria, pues al no encontrar la novedad del retiro, Colpensiones debió ceñirse a la última semana cotizada. Como soporte de lo anterior citó la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 26 de octubre de 2010, con radicado 3620090.

Precisó, que conforme a lo anterior, la actora en principio tendría derecho a las mesadas pensionales del 1 de agosto de 2010 al 1 de marzo de 2012, sin embargo, evidenció que el último recurso resuelto por la pasiva frente a la petición de reliquidación, data del 26 de enero de 2015 a través de la Resolución VPB 4120, la cual fue notificada el 12 de febrero del mismo año, contando a partir del ahí con el término de 3 años para impetrar la acción, siendo la fecha límite el 12 de febrero del 2018. Empero, explicó que la acción la elevó solo hasta el 13 de septiembre de 2019, de tal manera que las mesadas pensionales con anterioridad al 13 de septiembre de 2016 están prescritas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, atacó la sentencia, frente a la declaratoria de la excepción de prescripción, bajo el argumento que Colpensiones no propuso la excepción de prescripción, por tanto, debe atenderse a lo estipulado en el artículo 282 del Código General del Proceso que señala que la excepción de prescripción no puede ser declarada de oficio. Como soporte de lo anterior citó la sentencia SL 5268-2019.

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

Determinar si en efecto como lo señala la parte recurrente, la demandada no propuso la excepción de prescripción, y por tanto le asiste el derecho al pago de las mesadas pensionales desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 1 de marzo de 2012.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

Respecto a la inconformidad elevada por la recurrente, en lo relativo a que la demandada no formuló la excepción de prescripción, debe decirse que contrario a lo manifestado y al auscultarse el escrito de contestación allegado por la pasiva es claro que no se equivocó el *A quo* al declararla, veamos:

Al revisar el archivo 08 del cartapacio digital, se advierte que la pasiva radicó escrito de contestación y propuso las excepciones de fondo que denominó “**prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos**”. Tal como se ilustra a continuación:

EXCEPCIONES

PRESCRIPCION

Sin que de ninguna manera se entienda reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por el demandante, se propone esta excepción correspondiente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado en favor del demandante y que de conformidad con las normas legales y con las probanzas del juicio, quedara cobijado por el fenómeno de la prescripción, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 488 del código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

COBRO DE LO NO DEBIDO:

Por cuanto mi representada no adeuda derecho alguno al demandante por los conceptos aquí demandados, en razón a que la demandante no se encuentra afiliada al Régimen de prima media con prestación definida.

BUENA FE:

La entidad que represento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y Constitucionales, amparado en el principio de la Buena Fe tanto de esta entidad como de las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuarios o afiliados y en desarrollo de lo expresado en nuestra carta magna artículo 83 que indica que “las actuaciones de los

57

particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Ante la radicación del escrito de contestación, el Juez de instancia procedió a calificarla y mediante providencia del 18 de marzo de 2021², resolvió dar por contestada la demanda presentada por Colpensiones, por ajustarse a lo previsto en el artículo 31 del Código de Procedimiento de Trabajo y de la Seguridad Social, sin que la parte actora formulara recusación o rechazó alguno frente a la determinación del Juzgado. En consecuencia, el 16 de mayo de 2022, el Juez de instancia instauró audiencia de que trata el artículo 77 de la norma ídem, en la que agotó la etapa de conciliación, excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, decreto de pruebas de la demanda y frente a Colpensiones tuvo en cuenta el expediente

² Archivo 014 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

administrativo aportado con la respectiva contestación obrante en el archivo 08 del cartapacio digital, sin que de igual forma la parte actora presentara objeción alguna.

En efecto, contrario a lo argumentado por la recurrente, el Juez de instancia no contravino las disposiciones del artículo 282 del Código General del Proceso aplicables por analogía el artículo 145 del estatuto procesal del trabajo, pues la excepción de prescripción no fue reconocida oficiosamente en la sentencia, sino, por el contrario, al ser debidamente alegada en la oportunidad procesal pertinente procedió a su resolución, encontrándola probada.

Así las cosas, agotada la inconformidad elevada por la demandante, no queda de otra que confirmar íntegramente la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de la demandante, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

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 julio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, de todas las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-027-2022-00087-01
DEMANDANTE:	NORELLA PEÑA SUÁREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 12 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 presentados por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a la sentencia del 12 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NORELLA PEÑA SUÁREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-027-2022-00087-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., así como la vinculación efectuada posteriormente a SKANDIA PESIONES Y CESANTÍAS S.A., por omisión en el deber de información; asimismo, se declare que su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES se entiende vigente y sin solución de continuidad con las condiciones pensionales que le asisten en dicho régimen. Como consecuencia de lo anterior, condenar a SKANDIA PESIONES Y CESANTÍAS S.A. a pagar a COLPENSIONES los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los intereses causados, rendimientos financieros hasta la fecha del pago efectivo; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 12 de junio de 1954, motivo por el cual a la fecha cuenta 67 años. Que el 8 de abril de 1986 se afilió al otona ISS hoy Colpensiones. Que el 16 de septiembre de 1.999 presentó solicitud de vinculación a Colpatría hoy Porvenir S.A., la cual se hizo efectiva desde el 1º de noviembre de 1.999. Que tal acto jurídico tuvo lugar sin que la AFP le brindara la información precisa en la que se indicara los alcances positivos y negativos del traslado, ni la conveniencia de la eventual decisión de trasladarse al RAIS y obviamente la declaración de aceptación de esta situación. Que Colpensiones tampoco le indicó los alcances positivos y negativos del traslado, ni le asesoró sobre el monto de su pensión en el RPM o la conveniencia o no de trasladarse al RAIS. Que el 8 de febrero de 2005, elevó solicitud de vinculación a SKANDIA PESIONES Y CESANTÍAS, la cual se hizo efectiva el 1º de abril de 2005, resaltando que dicha administradora tampoco le suministró la información que echa de menos. Que elevó solicitud ante las demandadas pretendiendo la nulidad de su afiliación, sin embargo, recibió respuesta negativa por cada una de ellas.

¹ Páginas 75 a 92 Archivo 01 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** por intermedio de su apoderada, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, más que aún en el caso que nos ocupa, cuando se vinculó a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., provino de la Administradora AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y no de una entidad del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y la genérica².

La demandada **PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderada, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que

² Páginas 3 a 19 Archivo 08 Expediente Digital.

dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló 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 fe³.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y tampoco se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Además, que en el presente caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 12 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado de

³ Páginas 3 a 32 Archivo 11 Expediente Digital.

⁴ Páginas 3 a 45 Archivo 12 Expediente Digital

régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y el que realizó a SKANDIA S.A.; condenó a SKANDIA S.A. a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales; condenó a PORVENIR S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esa administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos; condenó a COLPENSIONES a afiliar nuevamente a la actora al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de las AFP demandadas, así como a actualizar su historia laboral para incluir las semanas que fueron cotizadas al RAIS; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; condenó costas del proceso a PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A.

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 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 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, lo cual no emana del formulario de afiliación suscrito por la convocante; 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 demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que no es procedente el traslado a Colpensiones de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que los efectos de la ineficacia se encuentran regulados en la ley, específicamente en el Decreto 3995 del año 2008, el cual

contempla en su artículo 7º los emolumentos que deben trasladarse del RAIS al RPM, resaltando que en dicha norma no se contemplan los rubros anotados, lo que guarda una relación armónica con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, pues esta normatividad le ha dado una destinación específica y concreta a ese 3% de gastos de administración, cual es la correcta y eficiente gestión de los aportes de la actora, de tal manera que desde el año 2005, en virtud de ello la AFP ha generado unos rendimientos financieros. Añadió que en esos descuentos también se encuentran los rubros que se establecieron legalmente para pagar las primas de los seguros previsionales, que ya están en poder de la aseguradora. Dijo que se le están otorgando efectos parciales a la declaratoria de ineficacia, porque se está ordenando contradictoriamente el traslado de los rendimientos financieros.

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que en el transcurso de proceso no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio en el cual Colpensiones no tiene documentos relacionados con la asesoría recibida por la activa y es por ello que la entidad queda sujeta a lo que la AFP del RAIS logre demostrar en relación con su gestión acorde al estatuto del consumidor y demás leyes relacionadas con el tema. Añadió que en todo caso, en el formulario de afiliación al RAIS la demandante dejó expresa constancia que lo hizo libre de apremios y por su voluntad, por manera que tal acto se llevó a cabo con el lleno de los requisitos legales, sin que manifestara su deseo de retracto, y en esa medida no es procedente ordenar su retorno automático a Colpensiones.

Refirió que no obra prueba alguna que a la actora se le hubiere hecho incurrir en error, falta al deber de la información por parte de las AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, como el error fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro de los formularios de afiliación nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Añadió que no concurre el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre las AFP demandadas, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que afecta la esencia del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Dijo que la actora nunca manifestó su intención de retractarse de su afiliación al RAIS, por lo que debe asumir las consecuencias de tal decisión, sin que pueda alegar ahora después de 23 años, su inconformidad sustentada en una frustración de sus expectativas económicas, además, la posición de Colpensiones siempre ha estado respaldada por las reglas jurisprudenciales plasmadas en las sentencias 789 de 2002, SU 062 de 2010, C1024 de 2004, entre otras, que han tratado el tema de traslado y su ineficacia.

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 NORELLA PEÑA SUÁREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA hoy 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 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.** (Página 28 archivo 01 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (Página 39 archivo 01 del 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 al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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 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 las AFP demandadas 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 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 la parte demandada, pues fue clara al manifestar que estando en su oficina llegaron unos asesores de Colpatria, quienes indicaron que ISS se iba a acabar y que sus aportes se iban a perder, por manera que una vez le entregaron el formulario ya diligenciado, procedió a firmarlo, sin recibir ninguna información adicional. Que cuando cambió de empleador, le entregaron el formulario de Skandia por parte de la oficina de recursos humanos y ella lo firmó (Min. 09:32 a 22:51 archivo 25 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 que cobraron las AFP 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 trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la 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, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a las administradora 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; sin embargo, se constata que la falladora de primer grado omitió ordenar que los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes sean remitidos por las AFP convocadas debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, dada la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de 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*».

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 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 descontados.

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 en los términos aludidos. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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:

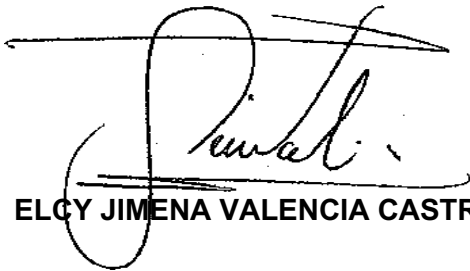
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 12 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que trasladen con destino a COLPENSIONES los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, descontados a la activa durante su afiliación a cada administradora, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-028-2020-00464-01
DEMANDANTE:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ URUETA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 4 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 4 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ENRIQUE GÓMEZ URUETA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CENSANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-028-2020-00464-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare ineficaz y, por ende, la nulidad de la vinculación realizada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. para el 13 de julio de 1995, materializada el 1º de agosto de 1995, por error de hecho que vició su consentimiento; igualmente, que se declare ineficaz y, por ende, la nulidad de la vinculación realizada a la AFP COLFONDOS S.A., además, que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado es COLPENSIONES como única administradora del RPM; como consecuencia de ello, condenar a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con destino a COLPENSIONES; condenar a esta última entidad a actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicitó que se declare que las AFP del RAIS no brindaron una asesoría clara, completa y veraz, respecto de la forma en que se edificaba la prestación económica por vejez en ese régimen pensional, afectando su congrua subsistencia, al igual que con la mesada pensional otorgada por la AFP Porvenir S.A. no puede suplir sus necesidades básicas conforme a su estatus de vida; en consecuencia, condenar a la AFP PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a título de indemnización, las diferencias proyectadas a futuro de la prestación económica de vejez que pudo disfrutar en el RPM, en relación con la mesada que percibiría por parte de la AFP encartada; condenar a la AFP a reconocer y pagar el valor de la indemnización proyectada hacia futuro, según el índice de probabilidad de vida establecido por el DANE, desde el momento de causación de la prestación y hasta la fecha de deceso, según las tablas de mortalidad del Departamento de Estadística.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 2 de octubre de 1.953, motivo por el cual en la actualidad cuenta con 67 años. Que cotizó al ISS desde el 7 de mayo de 1977 y a Cajanal a partir del 2 de mayo de 1990. Que el 13 de julio de 1.995 se trasladó del RPM al RAIS a través de

¹ Páginas 3 a 22 Archivo 01 Expediente Digital

la AFP Porvenir S.A., pues los asesores de dicha sociedad le prometieron beneficios, como pensionarse anticipadamente e incluso que su prestación de vejez sería de un mayor valor que la reconocida por las otras administradoras de pensiones, sin embargo, no se le explicaron las condiciones para pensionarse anticipadamente y lograr una mesada pensional más alta que en el RPM, tampoco le brindaron una información clara, completa, comprensible y veraz sobre la forma como se edificaba el derecho pensional en ambos regímenes pensionales, los distintos escenarios comparativos de pensión o cómo funcionaba la rentabilidad en el sistema de administradoras de pensiones. Que a la data del traslado se le dijo que las entidades públicas encargadas de reconocer pensiones iban a desaparecer, por lo que los fondos de pensiones representaban la nueva realidad pensional en el país. Que el 1º de mayo de 2006, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., por cuanto sus asesores le indicaron que se trataba de una mejor administradora de pensiones, empero nunca le informaron las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS. Que motivado por las exposiciones de sus asesores, el 1º de noviembre de 2006, regresó a la AFP Porvenir S.A. Que conforme a diversas proyecciones que le fueron realizadas, el valor de la pensión en el RPM sería muy superior que en el RAIS. Que solicitó ante las AFP demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, así como su traslado al Colpensiones, sin embargo, tales peticiones le fueron resueltas de manera desfavorable a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones, fundamentando su postura en que la vinculación de la parte demandante en el año 1995 fue producto de su voluntad y realizada de manera libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 00578099 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo

² Páginas 1 – 48 Archivo 11 Expediente Digital

114 de la Ley 100 de 1993; mismo que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo 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.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en 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 de que trata el art. 1754 del C.C., pues aceptó las condiciones que hacen parte de éste régimen. Agregó 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. Advirtió 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 SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A.⁴

La AFP se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, fundamentando su postura en que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al cual venía afiliado, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las

³ Páginas 1 a 19 Archivo 08 Expediente Digital

⁴ Páginas 3 – 27 Archivo 10 Expediente Digital

ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen; igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante el 13 de julio de 1995 ante la AFP PORVENIR S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES; condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante al 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 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que no es procedente retornar los valores ordenados por el Juzgado de Conocimiento debidamente indexados, toda vez que tal condena no fue elevada de manera expresa por el actor, aunado a que no existe pérdida del poder adquisitivo de la moneda, porque esa situación no se encuentra probada en el proceso y en esa medida no hay lugar a un fallo *ultra y extra petita*.

Agregó que frente a las cotizaciones efectuadas por el demandante a la AFP Porvenir S.A., la devaluación no acaeció, dado que dentro de las funciones de la sociedad se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en la cuenta de ahorros de sus afiliados, como en efecto ocurrió con el demandante, quien ha sido beneficiario de unos rendimientos financieros que compensan cualquier pérdida del poder adquisitivo de la moneda, los cuales son mayores a los que podría haber conseguido en el RPM, de manera que la orden de indexación generaría una incompatibilidad con dichos rendimientos, como así lo ha entendido la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca dentro del proceso 2021 00111 01 promovido por Felicia León Poveda en contra de Colpensiones y Porvenir S.A.

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada argumentó que no se acreditaron vicios del consentimiento como el error y el dolo en la afiliación realizada por el actor, además, se pudo evidenciar en su interrogatorio de parte que su traslado al RAIS se llevó a cabo conforme

a derecho, de forma libre y voluntaria, por tanto no existe fundamento para concluir que en el caso analizado concurrió algún vicio en el consentimiento.

Señaló que se aparta de la postura asumida por la CSJ frente a los casos de ineficacia de traslado, toda vez que existe una prohibición consagrada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, según la cual no podrá trasladarse un afiliado cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, disposición que fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las cuales se manifestó que dicha medida es adecuada, proporcionada y necesaria, que busca un fin constitucionalmente legítimo, esto es, evitar la descapitalización del fondo común del RPM administrado por Colpensiones, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en cuenta en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro pago de sus pensiones y reajuste período, pudieran regresar al RPM cuando están próximas a pensionarse.

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 JORGE ENRIQUE GÓMEZ URUETA 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 condena en costas en contra de Colpensiones.

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 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 **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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 149 archivo 11 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR** (página 100 archivo 13 del ED), luego, nuevamente ante **PORVENIR S.A.** (página 99 archivo 13 del ED), asimismo, nuevamente ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR** (página 101 archivo 13 del ED), después ante **COLFONDOS S.A.** (página 139 archivo 01 del ED) y, finalmente, ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR** (página 102 archivo 13 del 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 al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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 el demandante al RAIS, 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 las AFP demandadas 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 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 las demandadas, pues fue claro en referir que al Despacho donde estaba laborando como Juez Promiscuo Municipal en el Atlántico asistió un asesor de Porvenir S.A., quien no le informó sobre la creación de una cuenta de ahorro individual o los requisitos para pensionarse en el RAIS y en el RPM, por el contrario, se le dijo que sus aportes efectuados en Cajanal serían trasladados a la AFP, ya que esa entidad pública “iba a desaparecer”. Que tampoco se le informó que sus aportes iban a generar unos rendimientos financieros y, pese a que le hablaron sobre la posibilidad de pensionarse de forma anticipada, no le indicaron cómo sería posible materializar esa opción. Que se trasladó a la Colfondos S.A. porque los asesores de la entidad le ofrecieron mejores beneficios que en Porvenir, sin brindarle información adicional (Min. 13:44 – 19:59 archivo de audio y video 26 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 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, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia del actor en dicho régimen.

Lo anterior, porque a pesar que el demandante se encontraba vinculado a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, conforme emana de su formulario de afiliación a Porvenir y los diversos certificados laborales arrimados a las diligencias, lo cierto es que existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

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 esta 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 acertada la decisión de la A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos

de administración, seguros de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con la indexación de tales rubros. Sin embargo, la A quo omitió extender tal condena a todas las AFP demandadas, particularmente a COLFONDOS S.A, quien también debe remitir a COLPENSIONES los descuentos realizados por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que igualmente deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la AFP en mención, ya que 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, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados, sin que sea necesaria su petición en el *libelo genitor*, toda vez que se trata de esa actualización de la moneda, al ser un hecho notorio su depreciación a causa del fenómeno inflacionario, que por tal motivo no requiere de prueba.

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 descontados del aporte efectuado por el actor.

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). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

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 en los términos expuestos. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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 4 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** también a la **AFP COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los descuentos realizados por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-028-2022-00174-01
DEMANDANTE:	ANGÉLICA MARÍA BELTRÁN RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 11 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 presentados por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente la sentencia del 11 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ANGÉLICA MARÍA BELTRÁN RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. **11001-31-05-028-2022-00174-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la anulación por ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, condenar su traslado y afiliación al RPM establecido en la Ley 100 de 1993, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, en virtud del principio de favorabilidad; ordenar a COLFONDOS S.A. la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicha sociedad con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o cualquier otro que se hubiere generado; en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse sentencia, seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que fue afiliada al Sistema General de Pensiones el 19 de marzo de 1987. Que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, lo que tuvo lugar el 26 de enero de 2000. Que la sociedad en mención a la data del traslado no le entregó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, de cara a las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada o cotizando para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones. Que no le fue entregada información sobre la edad hasta la cual debía cotizar y el monto de los salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el RPM, menos aún se le informó sobre el

¹ Páginas 1 a 35 Archivo 01 Expediente Digital

capital mínimo que se exige para ese mismo efecto. Que únicamente se le refirió que se pensionaría a una edad más temprana que en el ISS, con una mesada pensional de mayor valor, ello a partir de los rendimientos que se generarían a su favor, aunado a que el RPM administrado por el ISS iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes para pensión de las personas afiliadas al mismo. Que elevó solicitud ante las demandadas pretendiendo la anulación de su afiliación, sin embargo, recibió respuesta negativa por cada una de ellas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP COLFONDOS S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, 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. Añadió que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, aunado a que la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Formuló 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 genérica².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que se observa la voluntad dada por la actora de manera

² Páginas 1 a 24 Archivo 06 Expediente Digital.

libre en aplicación al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, con la firma del formulario de afiliación con COLFONDOS. Añadió que Colpensiones se encuentra imposibilitada para tener como afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la demandante, pues como lo refiere el artículo 2º, literal e) de la Ley 797 de 2003, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando se encuentre a 10 años o menos de adquirir la edad de pensión.

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 y la genérica³.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 11 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 1º de marzo de 2000 a través de la AFP COLFONDOS S.A, y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones; condenó a COLFONDOS S.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, junto con el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, y discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, con cargo a sus propios recursos, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante a Colpensiones; condenó a esta última entidad a activar la afiliación de la convocante en el RPM y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; condenó en costas a ambas convocadas.

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

³ Páginas 2 a 13 Archivo 07 Expediente Digital

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, lo cual no emana del formulario de afiliación suscrito por la convocante; 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 **AFP COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que se desconoció la norma imperante para el momento de la afiliación, pues se le exigieron a la AFP cargas que la ley no preveía, resaltando que si bien la sentencia respeta la jurisprudencia decantada de la CSJ, lo cierto es que la misma no es congruente con el aparato normativo que rige el sistema laboral colombiano.

Dijo que la orden de devolver los saldos, rendimientos financieros, gastos de administración y descuentos de seguros previsionales, desconoce las previsiones aún vigentes de la Ley 100 de 1993, agregando que la indexación reconocida por el Juzgado de Conocimiento, constituye una sanción o una pena sobre la AFP que no está amparada en la normativa vigente, que afecta uno de los principios fundamentales, como lo es el derecho a la defensa, al no ser parte de la fijación del litigio y no ser motivo de discusión, además, no se resuelve uno de los problemas fundamentales que genera este tipo de procesos, esto es, la desfinanciación del sistema, pues la indexación no logra cubrir el déficit fiscal que se está creando en la entidad que administra el régimen de reparto.

Señaló que tampoco se analizó la excepción de compensación formulada, toda vez que en virtud de los rendimientos financieros causados, debió efectuarse la compensación de sumas tales como cuotas de administración y primas de seguros previsionales. Añadió que conforme a decisiones emitidas por el Tribunal Superior de Medellín, los rendimientos compensan con creces

los deterioros que hubiere podido sufrir el valor de la moneda, por manera que se torna innecesaria la denominada indexación.

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no se logró demostrar en el transcurso del proceso que la afiliación tuviera vicios del consentimiento como el error o el dolo, pues en el caso concreto la actora indicó que ha estado afiliada al RAIS a través de la AFP Colfondos desde el 16 de enero de 2000 y conforme a historia laboral que obra en el expediente, resaltando que la afiliación se llevó a cabo conforme a derecho, de manera libre y voluntaria.

Refirió que la entidad se aparta del análisis efectuado por la Corte Suprema de Justicia, pues conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, disposición que fue estudiada por la Corte Constitucional en las sentencias C-781 de 2002 y C1024 de 2004, considerándola una medida adecuada, proporcionada y necesaria que tiene un fin constitucionalmente legítimo, el cual es evitar la descapitalización del fondo común del RPM administrado por Colpensiones, que se produciría si se permitiera que las personas que no ha contribuido en él y que por lo mismo no fueron consideradas para la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que en el futuro representarán el pago de sus reajustes periódicos, pudieran trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

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 ANGÉLICA MARÍA BELTRÁN RODRÍGUEZ 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 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 COLFONDOS, 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 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 **COLFONDOS S.A.** (Página 49 archivo 01 del 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 este 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 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 a **CPLFONDOS 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, pues fue clara al manifestar que el 26 de enero del año 2000 los asesores de Colfondos comparecieron a su lugar de trabajo, quienes se dirigieron a un grupo de trabajadores manifestando que el Seguro Social se iba a terminar y que se iban a quedar sin pensión, acotando que hicieron énfasis en que se no tendrían con qué mantenerse en su vejez. Que no le mencionaron la existencia de una cuenta de ahorro individual, ni sobre la pensión anticipada o la garantía de pensión mínima (Min. 11:28 a 19:06 archivo 14 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 que cobró la AFP 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, acarreado 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 la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora 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, por manera que no tiene lugar la excepción de compensación propuesta por Colfondos S.A.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

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».*

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 de la 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.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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,

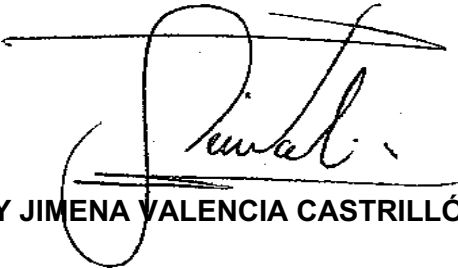
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

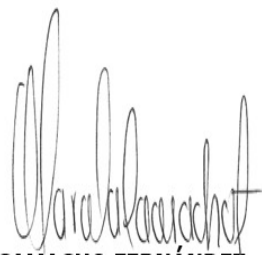
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	110013105029-2020-00467-01
DEMANDANTE:	JOSÉ GERARDO PAREJA RAMÍREZ
DEMANDADO:	NCH COLOMBIA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 26 de abril de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Nivelación Salarial
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **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 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ GERARDO PAREJA RAMÍREZ** contra **NCH COLOMBIA S.A.S.** con radicado No. **110013105029-2020-00467-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que la demandada no canceló los mismos salarios que paga a los cuatros jefes de Grupo de la empresa, quienes realizan las mismas funciones, tienen el mismo cargo y horario. Que se declare, que la pasiva con su actuación vulnera el principio de derecho laboral consagrado en el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo, que reza a trabajo igual salario igual. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la empresa demandada a pagar la diferencia salarial y prestacional existente entre el salario que paga la empresa NCH Colombia S.A., a los demás trabajadores que asumen las funciones de jefe de grupo y el que no cancela al actor, desde el año 2011 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, a la reinstalación del actor al cargo de jefe de grupo u otro de mayor jerarquía asignando el salario correspondiente, que se condene al pago de las diferencias en las cotizaciones al subsistema de pensiones durante la relación laboral, que se indexen las sumas reconocidas, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que el 13 de marzo de 2006, se vinculó mediante contrato a término indefinido para el cargo de jefe de grupo de asesores. Que al inicio de la relación laboral el señor Iván Rubio fungió como jefe inmediato y el señor Eduardo Martínez como jefe mediato hasta el año 2011, data última en que el señor Martínez se retiró de la empresa, asumiendo las funciones el señor Carlos Sánchez quien llegó de Puerto Rico. Adujo que, por su buena gestión fue considerado por sus jefes para entrenar nuevos asesores, instrucción que consistía en acompañamiento y capacitación a los aspirantes por una semana, además de la asignación del programa Drenajes y Bioamp por un periodo indeterminado. Que, conforme a lo anterior, le fueron asignados 7 asesores a su cargo, asumiendo de forma plena la función de jefe de grupo.

¹ Folios 1-16. (Archivo 01 expediente digital).

Indicó, que petitionó la asignación de salario como jefe de grupo al señor Carlos Sánchez, para la nivelación de salario, cargo y demás beneficios como lo gozan cuatro de sus colegas, Jaime Jiménez, Iván Rubio, Javier Reina y José Vicente Castañeda, quienes tienen las mismas obligaciones y responsabilidades. Que para el año 2011, el señor Carlos Sánchez modificó las responsabilidades de cada jefe de grupo y le estableció al demandante el manejo del programa Drenajes y Bioamp, también la responsabilidad de seleccionar, contratar y capacitar nuevos asesores. Que se presentaron cambios administrativos dentro de la empresa asumiendo como jefe mediato el señor Javier Prendes, que luego de un tiempo en la empresa no está conforme con los resultados del demandante. Que, en octubre de 2016, fue citado a una reunión por vía Skype por su jefe inmediato Carlos Sánchez, estando presente el señor Javier Prendes.

Señaló, que en dicha reunión se concluyó no realizar más entrenamientos a cargo del demandante, y también dejó de ser responsable del programa Drenajes. Que, el grupo que tenía a cargo el demandante fue removido y asignado al señor Carlos Sánchez, que tal determinación afectó los ingresos del actor, pero por miedo a perder el trabajo aceptó las nuevas condiciones. Sin embargo, de los nuevos cambios administrativos no fue afectado el señor Javier Reina quien siguió devengando un salario como jefe de grupo. Que el actor, no recibió los mismos beneficios laborales como los demás jefes de grupo, quienes, si recibieron auxilio de gasolina, comisiones, etc.

Que, durante los años 2008, 2012 y 2017 presentó reclamaciones ante el señor Carlos Sánchez y directivos de la empresa frente al pago de los beneficios laborales pagados a sus pares sin recibir respuesta. Que se le negó al actor el cargo de jefe de grupo bajo la premisa que nunca se realizó dicho nombramiento, a pesar que ejerció las mismas funciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA²

La demandada **NCH COLOMBIA S.A.** a través de apoderado judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones bajo el argumento que tal y como se estableció en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, el actor desempeñó el cargo de representante de ventas. Adujo, que el cargo de jefe de grupo no existe dentro del organigrama de la empresa y siempre ejecutó funciones como representante de ventas con un salario variable, estructurado con base en comisiones por ventas. Frente a los hechos, negó la mayoría aduciendo que no tiene lógica que la sociedad iguale un salario frente a superiores jerárquicos que lo superaban en tiempo de servicios, responsabilidades y funciones.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; prescripción e inexistencia de la obligación reclamada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de abril de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y gravó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, inició por establecer si el actor le asiste derecho a la nivelación salarial conforme al cargo que aduce que desempeñó como jefe de grupo de la sociedad demandada. Indicó que no existe controversia frente a la relación laboral. Ahora bien, frente a la nivelación salarial explicó que el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo, señala que a trabajo igual salario igual, que no puede establecerse diferencias discriminatorias conforme al sexo, religión, etc. Citó, la sentencia SL 6570 de 2015, para referir que la carga probatoria le corresponde al

² Folios 1 a 09 archivo 09 ED
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

demandante demostrar que el trabajo desempeñado fue en iguales condiciones de eficiencia, calidad e intensidad.

Consideró, que del dossier probatorio recaudado no se evidenció que el actor ejecutó el cargo de jefe de grupo aducido en el escrito de la demanda. Así mismo, concluyó que tampoco se probó que el actor ejerció las mismas funciones que los trabajadores, Jaime Jiménez, Iván Rubio, Javier Reina y José Vicente Castañeda ni mucho menos allegó comprobantes de nómina u otra prueba sumaria que permitiera cotejar los salarios con quienes pretendía la deprecada nivelación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó el recurso de apelación en busca de revocatoria integra de la sentencia, pues en su entender el Juez desconoció las documentales aportadas en la demanda que dan fe de las funciones que cumplía el actor como jefe de grupo en comparación con los trabajadores con quien pretende nivelar su salario. Refirió, que la carga de la prueba le corresponde al empleador en demostrar los factores objetivos de diferenciación en el pago de salarios y no al trabajador.

Refirió, que la juez de primera vara debió encaminar a la sociedad demandada en aportar las documentales que dejarán entrever que no ejecutó el cargo de representante de ventas sino de jefe de grupo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar. 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

El problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer; si acertó la Juez de instancia al absolver a la entidad demandada de la nivelación salarial pretendida.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada. Pues bien, analizada la prueba producida en juicio, en su conjunto (art. 61 Código Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social) de cara a las glosas formuladas en la alzada, advierte la Sala que la decisión confutada acertó al desestimar las pretensiones de la demanda. En efecto: Ahora, conviene resaltar que de conformidad con lo previsto en el art. 10 del CST, todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de su labor, su forma o retribución.

Es en razón a ello es que, el numeral 1º del art. 143³ ibidem prevé que *“(…) a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127 (...)”*, postulado

³ Concordantes con los arts. 13 y 53 de la CP.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

normativo que corresponde al aforismo jurídico de “**trabajo igual, salario igual**”.

Ora bien, para que se configure la citada ficción jurídica, de conformidad con la teleología que orienta al aludido canon sustancial se requiere por parte de quien persigue en su favor los efectos jurídicos, acreditar que **i)** desempeña un cargo de idénticas condiciones al de su par de comparación, **ii)** lo desarrolla en la misma jornada y que, **iii)** lo hace en **condiciones de eficiencia** iguales. Es decir, acreditados tales supuestos, se invierte la carga de la prueba al empleador, en punto de referencia, para demostrar causales objetivas que soporten el trato salarial diferente. Al respecto, amén de la brevedad puede consultarse CSJ, SL sentencia del 9 de agosto de 2017, rad. 42335, con ponencia del Dr. Fernando Castillo Cadena.

Es de señalar, que el precepto normativo del artículo 12 de la Constitución Política que elevó a rango legal el referido principio (art. 143 del CST), no establece reglas sobre la carga de la prueba, por lo cual se debe acudir a la regla general establecida en el artículo 176 del C.G.P., aplicable en materia laboral por virtud del art. 145 del CPT y S.S., el cual dispone que quien alega la titularidad de un derecho, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma que lo establece. Por tanto, en proceso como el que ahora nos ocupa, es el trabajador quien alega un trato discriminatorio en materia retributiva, es a quien le corresponde demostrar ese hecho, en procura de la prosperidad de sus pedimentos.

En sub examine, el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de representante de ventas según contrato visible a páginas 12 a 17 del archivo 09 del cartapacio digital, y que según la cláusula del nuevo contrato, sus funciones consistían en; “*a) actuar bajo supervisión del gerente de venta o de quien este designe, como representante de ventas a omisión del empleador ante los compradores de productos elaborados y/o dispuestos para la venta por aquel realizando para tal fin todos los esfuerzos de*

conformidad con los niveles de productividad que se tengan establecidos o se establezcan. B) Presentar los reportes de ventas, informes de visitas a clientes y programas futuros de ventas con la periodicidad que establezca el empleador. C) Desarrollar las labores que le sean señaladas por el empleador o su representante en el campo de ventas. d) Cumplir como mínimo una cuota mensual de venta igual a ocho (8) veces el salario mínimo mensual legal vigente y hacer cumplir las cuotas fijadas para los grupos de vendedores que eventualmente sean puestos bajo su supervisión o mando”.

Luego, el actor suscribió otrosí⁴ al contrato de trabajo de fecha 1 de mayo de 2017, consignando la convocada a juicio que atendiendo a la necesidad de reestructuración de programas comerciales para su personal de ventas se acordó lo siguiente: “1. *Tras el establecimiento del nuevo programa WATER TREATMENT (WT), (..) el trabajador a partir del 1 de mayo de 2017 el trabajo que ha venido prestando sus servicios en la DIVISIÓN DE QUÍMICOS acepta los beneficios, premios o concursos que la empresa tiene establecidos o establezca para la División CHEMAQUA*”. 2. *El trabajador podrá seguir manejando los clientes que actualmente tiene, con productos y servicios, pero se obliga a especializarse en el programa WT. (..)* 3. *El trabajador acepta que no puede hacer negocios iguales o similares a los que venía realizando en la División Químicos y/o que no correspondan al nuevo programa WT, no obstante, lo cual colaborará informando al jefe correspondiente (..)*. Así mismo, el 1 de noviembre de 2016, suscribió nuevo otrosí en el que la sociedad empleadora estableció que el demandante no continuaría con los entrenamientos de ventas que ha venido realizando y que durante los próximos seis meses le reconocerá un apoyo mensual por valor de \$500.000.

En ese orden, también se cuenta con certificado laboral expedido por la Gerente de operaciones de NCH COLOMBIA S.A., donde constata que el actor ha venido laborando como representante de ventas desde el 13 de

⁴ Pág. 34 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

marzo de 2006, recibiendo como contraprestación un salario promedio de \$1.868.754, también aportó documentos denominados “*plan individual de representante para el éxito*”, y sendos correos electrónicos en los cuales mantuvo comunicación con sus superiores en la forma en que desempeñaba sus funciones y las ventas realizadas, sin que ninguna de las documentales recaudadas se infiera que el actor ejecutó el cargo de jefe de grupo o al menos ejecutó funciones similares a las de sus compañeros de trabajo Jaime Jiménez, Iván Rubio, Javier Reina y José Vicente Castañeda.

Por otro lado, se recibió la declaración de Sergio Armando Valderrama Cuenca, quien manifestó que laboró al servicio de la demandada por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2016 al 10 de enero de 2017, que desempeñó funciones de ventas en el grupo que estaba Pareja Ramírez. Adujo, que el actor fue la persona quien le realizó la entrevista, pero la capacitación la realizó fue una escuela de ventas. A la pregunta si conoció el cargo que ejecutó el actor, contestó que era el de vendedor e instructor. Al ser abordado si conocía a los trabajadores Jaime Jiménez, Iván Rubio, Javier Reina y José Vicente Castañeda, contestó que sabía quiénes eran porque los días lunes se hacían reuniones, pero desconocía cuales eran sus cargos y el salario devengado.

El deponente Diego Alejandro Barragán Rincón, indicó que laboró para la demandada durante el periodo de octubre del año 2011 hasta agosto de 2015. Alegó, que desempeñó el cargo de auxiliar comercial, que sus funciones consistían en abrir cuentas en la empresa y buscar clientes. Que conoció al actor, porque era su jefe inmediato y le realizó la entrevista. Contestó, que tenía conocimiento que el actor era el jefe de grupo, porque estaban divididos en diferentes grupos y uno de ellos lo lideraba el demandante. Refirió, que supone que los trabajadores Jaime Jiménez, Iván Rubio, Javier Reina y José Vicente Castañeda, ejecutaban las mismas funciones que el actor, porque eran jefes de grupo, pero desconocía en específico que asignaciones u obligaciones efectuaban.

Por último, Diego Alfonso Abello Portela, depuso que laboró con el demandante Pareja Ramírez para el periodo de octubre de 2016 a marzo de 2017 como asesor de ventas, que no conoce el cargo que ejecutó el demandante dentro de la organización demandada. Indicó, que las funciones que ejecutó el demandante consistían en realizar seguimientos acerca de los clientes nuevos o potenciales, acompañamiento de visitas, dar consejos.

Revisado el material obrante en el proceso, se observa que no es de recibo el argumento planteado por el recurrente en cuanto a que se equipare el cargo de representante de ventas con el cargo de jefe de grupo, toda vez que **al proceso no se allegaron las funciones del cargo denominado jefe de grupo o al menos de las funciones de los trabajadores con quien se pretende equiparar, razón por la cual no es posible comparar las funciones asignadas al cargo de jefe de grupo requisito indispensable conforme a la jurisprudencia para examinar lo discutido por el recurrente.** (Se destaca y subraya).

En ese orden, tampoco obra prueba en el expediente que acredite cual era la asignación salarial mensual para el cargo de jefe de grupo y si bien el deponente Diego Barragán indicó que reconoce que el actor desempeñó el mencionado cargo y que creía que era el mismo que ejecutaban sus compañeros Jaime Jiménez, Iván Rubio, Javier Reina (*conteo de audio 1:15:26*), lo cierto es que sin la acreditación del salario no es posible determinar si existió o no alguna diferencia salarial entre el cargo de representante de ventas y jefe de grupo, para realizar la comparación salarial que pretende el demandante.

Por último, es de resaltar que sobre la carga de la prueba el inciso 2° art. 167 del CGP dispone: “*No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.*”

La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

En el presente caso, el actor con la demanda solicitó los comprobantes de pago de las cuatro personas que fungieron como jefe de grupo por el periodo del año 2011 al mes de mayo de 2017, documentos que refirió estaban en poder de la demandada. Por tanto, en la contestación de la demanda como en la respuesta al requerimiento efectuado por el Despacho, reiteró que los mencionados trabajadores nunca fueron jefes de grupo, pues dentro del organigrama de la sociedad no existe el referido cargo. Ante la anterior respuesta dada por la pasiva, el actor no presentó oposición pues estuvo de acuerdo con el cierre del debate probatorio.

Corolario de lo discurrido, en la nivelación salarial por aplicación del principio “a trabajo igual, salario igual” el trabajador debe demostrar el puesto desempeñado y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia, circunstancia que para el caso de marras no aconteció. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada de fecha, origen y antecedentes reseñados. Costas en la instancia a cargo del demandante vencido en el recurso. Fijense agencias en derecho a su cargo y favor de la sociedad demandada, en suma, de medio SMLMV de conformidad con lo previsto en los arts. 365 a 366 del CGP aplicable por remisión del art. 145 del CPTSS.

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;

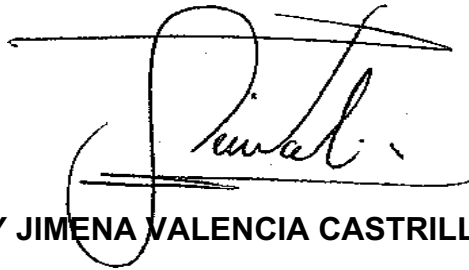
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR INTEGRAMENTE la Sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-033-2020-00189-01
DEMANDANTE:	SANDRA BARRAGÁN CHANAGA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 24 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Intereses moratorios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 24 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SANDRA BARRAGÁN CHANAGA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-033-2020-00189-01**.

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

DEMANDA¹

La señora SANDRA BARRAGÁN CHANAGA a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de su pensión por invalidez reconocida desde el 7 de octubre de 2013, junto con la indexación de las medadas pensionales, al pago de 80 SMLMV a título de reparación integral de perjuicios patrimoniales y otros 80 SMLMV por perjuicios extra patrimoniales causados por la negativa y dilación injustificada en el ingreso a nómina de pensionados, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que Colpensiones mediante dictamen de fecha 7 de octubre de 2013, determinó la pérdida de capacidad laboral de la actora, en un porcentaje de 50.65% por la patología de esquizofrenia paranoide, con fecha de estructuración del 8 de mayo de 1999. Que mediante reclamación elevada el 23 de diciembre de 2013, radicó cada uno de los documentos requeridos para el reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad DEGENERATIVA PROGRESIVA (enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas), por ende, se deberá tomar a partir de la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, que en el presente caso corresponde al 7 de octubre de 2013.

Agregó que Colpensiones, negó la prestación mediante Resolución de 17 de junio de 2014, y sólo a través de la Resolución GN79515 del 16 de marzo de 2016, reconoció pensión de invalidez luego de que revisará la prestación a la luz de las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Señaló, que Colpensiones reconoce la pensión a partir del 7 de octubre de 2013, señalando en el mismo acto que de acuerdo a respuesta de medicina laboral que el afiliado requiere Curador, situación que no fue contemplada en el dictamen del día 7 de octubre de 2013, por lo que dejó en suspenso la prestación y limita su

¹ Folios 1 a 9 archivo 005 del expediente digital.

inclusión a nómina de pensionados, solo hasta cuando se allegue la sentencia judicial.

Refirió, que a través de los actos administrativos GNR 224413 del 17 de junio y GNR VPB 39580 del 18 de octubre de 2016, COLPENSIONES confirma lo ordenado en la Resolución del 16 de marzo de 2016, en cuanto a la solicitud del Curador para desembolsar la pensión, que la pasiva posteriormente mediante acto administrativo SUB 154524 del 15 de junio de 2018 niega nuevamente la inclusión en nómina de la pensión, imponiéndole el requisito EXTRA legal del nombramiento de Curador. En consecuencia, mediante fallo de tutela del 20 de mayo de 2019, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, de manera definitiva, ordenó la inclusión en nómina de pensionados de la prestación reconocida desde el 7 de octubre de 2013.

Que la anterior decisión, fue confirmada mediante sentencia del 8 de julio de 2019, por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la Magistrada Luz Patricia Quintero Calle. En ese orden, la demandada acato el fallo de tutela, y el 1 de agosto de 2019 pagó la pesada pensional y el retroactivo pensional, sin embargo, no ha reconocido los intereses moratorios de la pensión.

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 dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá del 20 de mayo de 2019, ordenando no solicitar a la afiliada la sentencia de curaduría, sin embargo, conforme al dictamen de pérdida de capacidad laboral y el requerimiento interno de la AFP, se instituyó que es necesario por la

² Folios 3-13 del archivo 06 del expediente digital.

enfermedad de la afiliada estar representada por Curador. De igual forma, no obró solicitud de reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, prescripción y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de julio de 2023, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 8 de mayo de 2016 hasta el 30 de junio de 2019 teniendo como capital adeudado el generado mes a mes durante el mismo periodo y aplicando como tasa de intereses moratorios el 28,95 % correspondiente al mes de junio de 2019, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción por los intereses dejados de cobrar desde el 8 de mayo de 2016 hacía atrás, determinó como monto adeudado de intereses moratorios la cifra \$31.304.325 y gravó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* como problema jurídico a resolver si la actora tiene derecho o no al pago de intereses moratorios. Citó como fundamentos legales y jurisprudenciales el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SL2915 del 2022. Explicó, que la parte actora el 23 de diciembre de 2013, radicó petición de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, siendo negada. Posteriormente, el 16 de marzo de 2016, Colpensiones accedió a la referida prestación, sin embargo, dejó en suspenso la inclusión de nómina hasta que no allegará la sentencia de curaduría. Por tanto, la actora se vio encaminada acudir ante el Juez de tutela. Estimó, el Juez que revisada la acción de tutela y su respectivo fallo se

evidenció que solicitó la inclusión de nómina y el pago de intereses moratorios, agotándose la reclamación administrativa aludida pues la AFP, previamente a la interposición de la demanda tuvo conocimiento de la reclamación de intereses.

Consideró, que la posición de Colpensiones de condicionar el pago de la pensión de invalidez al solicitar una sentencia que la declaré interdicto es discriminatoria, pues solo procede para casos en que se evidencié una incapacidad mental absoluta. En consecuencia, concluyó el Despacho que la actora tiene derecho al pago de intereses moratorios a partir del 8 de mayo de 2016 hasta el 30 de junio de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, argumentando no estar conforme con la condena atribuida con base al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo que la administradora actuó conforme a derecho al solicitar que la actora aportará la sentencia de curaduría para proceder a pagar las mesadas pensionales reconocidas. Por último, que la actora a través de la acción de tutela solicitó el pago de los referidos réditos, siendo negados por el Juez de tutela, por tanto, hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

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 **SANDRA BARRAGÁN CHANAGA** es beneficiaria de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

INTERESES DE MORA – ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993.

Esta norma consagra: «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago».

Los anteriores réditos operan por el simple retardo de la administradora de pensiones en el reconocimiento de la prestación, de suerte que es impertinente ocuparse de analizar la conducta de la entidad de seguridad social al no depender de la buena o mala fe del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas (CSJ SL331-2023); no obstante, no debe pasarse por alto que existen situaciones que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales

Sobre el particular, si se reclaman los intereses de mora por tardanza en el pago de la pensión, los mismos se estructurarán atendiendo el *petitum* que se eleve sobre este puntual aspecto y hasta la data en que se reconoció la pensión, **entendida como la fecha de inclusión en nómina e inicio de pago.**

De suerte que, fluye diáfano de las manifestaciones inmersas por la *A quo*, así como los reclamos elevados desde el libelo inicial, que el *sub lite* se centra en la sanción por la dilación irrazonable de Colpensiones en la inclusión en nómina e inicio de pago de la pensión de invalidez razón por la cual, en este sentido se circunscribirá esta segunda instancia.

En claro lo precedente, pertinente es subrayar que si bien las mesadas pensionales para la prestación de invalidez se causan a la fecha de cumplimiento de los requisitos de Ley, los intereses moratorios no se reconocen desde dicha data, pues las entidades de previsión social cuentan con un periodo de exención en el otorgamiento, que corresponde a cuatro (4) meses contados desde la radicación de la solicitud pensional y, vencido dicho término, es que procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Así las cosas, la señora Sandra Barragán Chanaga elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez el 22 de enero de 2016, por lo que el término con el que contaba la Administradora Colombiana de Pensiones para reconocer el derecho a la pensión de invalidez vencía el 22 de mayo de 2016, sin embargo, dicha entidad no cumplió con esa obligación, porque si bien reconoció el derecho el 16 de marzo de 2016 a través de la Resolución No. GNR 79515 –págs. 85 a 95 (archivo 08 del cartapacio digital), dejó en suspenso el pago de la prestación hasta tanto no exista un fallo judicial en firme donde se establezca un representante legal para la afiliada. Tal yerro, fue confirmado mediante la Resolución No. VPB39580 de 18 de octubre de 2016.

Luego, la demandante solicitó a Colpensiones nuevamente la inclusión a nómina mediante petición elevada el 15 de marzo de 2018, según lo señalado en la Resolución SUB 154524 del 15 de junio de 2018, en la que resolvió negar la inclusión argumentando que la actora requiere de terceras personas para que decidan por ella, por tanto, al no contar dentro del expediente administrativo con la sentencia de interdicción y nombramiento era imposible su ingreso a nómina, contra la anterior determinación la actora

interpuso recurso de reposición y apelación con resultado desfavorable mediante Resoluciones No. SUB 191731 del 18 de julio de 2018 y No. DIR 13651 de 26 de julio de 2018.

Ante la constante negativa de la pasiva en incluir en nómina a la demandante, ésta se vio encaminada a interponer acción de tutela, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, entidad judicial que resolvió mediante sentencia del 20 de mayo de 2019, amparar sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, ordenando a Colpensiones lo siguiente *“ordene a quien le corresponda la inclusión en nómina de pensionados a la señora SANDRA BARRAGÁN CHANAGA, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho, así como al pago de las mesadas pensionales causadas por el reconocimiento de la pensión de invalidez. Así mismo, debe allegar a este Despacho copia del acto administrativo que dé cuenta del cumplimiento a lo aquí ordenado”*. La anterior, orden fue confirmada por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Bogotá, mediante sentencia del 8 de julio de 2019. (págs. 480-485 del archivo 08 del ED).

Ante la orden del Juez de tutela, la convocada a juicio mediante Resolución SUB 148094 del 11 de junio de 2019 (págs. 113 a 123 archivo 08 del ED), levantó la suspensión de la pensión de invalidez e incluyó en nómina de pensionados a la demandante a partir del 1 de julio de 2019, junto con el respectivo pago de las mesadas pensionales adeudadas.

De tal manera que resulta evidente que se ha incurrido en mora por parte del extremo pasivo en la referida inclusión en nómina, como quiera que, la suspensión de la prestación es injustificada al exigir requisitos no previstos por el legislador, aunado de tomar una postura discriminatoria al obligar a la demandante a declararse interdicta para recibir una pensión de invalidez, sobre ese punto el Juez de tutela concluyó:

“(..) el obligarla a declararse interdicta para recibir su pensión de invalidez, constituye una forma de discriminación contra las personas con discapacidad, pues el hecho que la entidad accionada

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

restrinja o deje sin efecto práctico el reconocimiento de un derecho pensional, sin analizar en detalle si la afección mental que padece la tutelante tiene alcance suficiente para justificar un proceso de interdicción, contradice las obligaciones del Estado y desconoce la confianza legítima de los ciudadanos, además, omite adoptar una forma decisoria que no le impida acceder a recursos que resultan indispensables para su subsistencia digna (..)”.

En efecto, la postura tomada por Colpensiones, deja entrever una conducta omisiva e irresponsable de la llamada a juicio, pues es bien sabido que tratándose de derechos pensionales estos deben observarse con la mayor pulcritud y responsabilidad, más aún cuando la mora de Colpensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez no se funda en ningún argumento válido.

Así, tratándose de una entidad oficial de seguridad social, y siendo esta un servicio público de carácter obligatorio (Art. 48 de la Constitución Política de Colombia), tiene la obligación en sus actuaciones administrativas, de desarrollarlas especialmente con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía procesal y celeridad como lo ordena el art. 3 del C.P.A.C.A. sobre la forma como deben actuar las entidades del Estado en la prestación de los servicios públicos y, en respeto y observancia de los artículos 13 y 46 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, aduce la recurrente que se configuró la Cosa Juzgada Constitucional, pues la actora dentro de la acción de tutela incoada solicitó los intereses moratorios siendo negados por el Juez de tutela.

Dicho lo anterior, es necesario recordar que el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, dispone la acción de tutela como mecanismo transitorio aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual el Juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente

sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. A su vez, el artículo 243 de la Constitución Política señala que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Pues bien, revisado el escrito petitorio de la acción de tutela, se evidencia que la actora en su pretensión sexta solicitó el pago de intereses moratorios, sin embargo, al auscultar la sentencia del 20 de mayo de 2019, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá se inhibió de estudiar de fondo tal petición al señalar que la acción de tutela no es el mecanismo para obtener tal pedimento, textualmente consideró:

*“Frente a las pretensiones incoadas respecto de ordenar el pago de las mesadas indexadas, de catorce mesadas y de **intereses moratorios del retroactivo, el Despacho no accede toda vez que la acción de tutela no es el mecanismo para obtener tales pedimentos (...)**” (Negrillas nuestras).*

La anterior decisión no fue recurrida por la demandante, lo que significó que la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Bogotá, solo se limitará a estudiar únicamente el recurso elevado por la pasiva frente a la orden de inclusión en nómina. Así las cosas, no se cumplen los presupuestos para configurarse la denominada cosa juzgada constitucional, en tanto que el Juez de tutela no efectuó un estudio de fondo de la petición de pago de intereses moratorios, pues solo se limitó a señalar que no era el mecanismo idóneo para su reclamación. En esos términos su inconformidad no prospera.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza de la demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a su favor.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino también la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: *“...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...”*. En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí, dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte, se tiene que la pensión fue reconocida y dejada en suspenso mediante Resolución GNR 79515 del 16 de marzo de 2016, siendo notificada la demandante solo hasta el día 1 de abril de 2016, tal como se advierte en la pág. 96 del archivo 08 del cartapacio digital, por tanto, a partir de dicha data la actora contaba con el término de tres años para interponer la respectiva demanda o elevar la reclamación para interrumpir el mismo. Ahora bien, revisado el expediente administrativo, se advierte que la demandante reclamó el pago de intereses moratorios a través de la acción de tutela en cuestión, siendo notificada la pasiva del escrito contentivo de la reclamación de intereses moratorios, el día 8 de mayo de 2019, tal como se advierte en la pág. 418 del archivo 08 del expediente, y como la demanda ordinaria laboral fue incoada el 8 de julio de 2020 como figura en el acta individual de reparto (archivo 001 del expediente digital), resulta indudable que en el presente asunto no se equivocó el Juez de instancia al establecer que le asiste derecho a la demandante al pago de intereses moratorios desde el 8 de mayo de 2016 hasta el 30 de junio de 2019, atendiendo que la actora fue incluida en nómina a partir del 1 de julio de 2019, según Resolución SUB 148094 del 11 de junio de 2019.

Puestas, así las cosas, se confirmará la decisión de instancia, por las

razones expuestas anteriormente. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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 24 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-034-2021-00430-01
DEMANDANTE:	FABIO TRUJILLO OSPINA
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DEL META-SECRETARÍA DE SALUD DEL META, LA NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 18 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Bono Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Porvenir S.A. así como el grado jurisdiccional de consulta frente a lo apelado a favor de la primera entidad respecto de la sentencia del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FABIO TRUJILLO OSPINA** contra **DEPARTAMENTO DEL META-SECRETARIA DE SALUD DEL META, AFP**

PORVENIR S.A., LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con radicado No. **11001-31-05-031-2021-00258-01.**

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

DEMANDA¹

El señor Fabio Trujillo Ospina a través de apoderado judicial, pretende se declare que laboró entre el 1° de julio de 1975 y el 30 de agosto de 1976 como conductor del Hospital San Antonio de Villavicencio adscrito a la Secretaría de Salud del Meta, que se declare que por ese tiempo no existen soportes de pago de aportes y se ordene a la ex patronal a modificar el certificado electrónicos de tiempos laborados (CETIL) registrando que no se efectuaron pagos a seguridad social y en consecuencia asuman el pago de la cuota parte del bono pensional. Que se ordene a la Gobernación del Meta autorizar los recursos necesarios para el pago de su cuota parte y realice el trámite de reconocimiento en la plataforma del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se ordene a esta última entidad a pagar a la AFP la totalidad del bono pensional para efectos de sumarlo a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual pensional. Por último, que se ordene a la AFP PORVENIR S.A. proceder al reconocimiento de garantía de pensión mínima del RAIS.

Como pretensiones subsidiarias, se ordene a la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social autorizar los recursos necesarios para el pago de la cuota parte del bono pensional y se registre el trámite de reconocimiento en la plataforma OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el pago de la cuota parte del bono pensional, que se ordene a la Oficina de Bonos Pensionales a pagar a la AFP PORVENIR S.A. la totalidad del bono pensional, y a ésta última entidad al pago de la garantía de pensión mínima prevista en el RAIS.

¹ Folios 1 a 34 archivo 002 del expediente digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como pretensiones subsidiarias del segundo orden, que se ordene a la UGPP que remita a la OBP del Ministerio de Hacienda los soportes de pago a pensión a CAJANAL por el tiempo en que estuvo vinculado al Hospital San Antonio de Villavicencio, que se ordene al Ministerio de Hacienda asumir el pago del bono pensional del actor y autorice los recursos necesarios para el pago de la cuota parte del bono pensional, que se ordene a la OBP a registrar el trámite de reconocimiento por el periodo referido y pague a la AFP PORVENIR S.A. la totalidad del bono pensional.

Como sustento de sus pretensiones, el actor manifestó que nació el 29 de junio de 1952 y cuenta con 68 años de edad, que se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., que pretende que la AFP le reconozca la garantía de pensión mínima y por eso ha venido adelantando diversas actuaciones en procura de reconstruir su historia laboral. Adujo, que una de las correcciones de la historia laboral corresponde a sus servicios prestados al Hospital San Antonio de Villavicencio, como conductor de ambulancia, que, respecto del tiempo laborado en dicha entidad, la oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito informó que registra el error de “BONO NO EMITIBLE, ENTIDAD NO ESTÁ ASUMIDA POR LA NACION O EXISTEN PERIODOS NO ASUMIDOS POR LA NACIÓN”. Aduce, que el 11 de agosto de 2016, la Administradora Porvenir S.A. solicitó a recursos humanos de la Secretaria de Salud del Meta; copia de las planillas y/o soportes de pago realizados a CAJANAL, y que en el evento de no contar con la información solicitada modifique la certificación laboral cambiando el responsable de los periodos certificados. A su vez, la referida AFP solicitó a la UGPP expedir copias de las planillas de pago a pensiones, por el periodo de 01/06/1975 a 30/08/1976 o emitir certificación de no tenerlas.

Refirió, que el 31 de octubre de 2016 la UGPP informó a PORVENIR S.A., que realizada la inspección de inventario entregado no se encontró documentación física o carpetas de recibo de caja en la seccional de Meta del periodo solicitado. Conforme a lo anterior, el 2 de marzo de 2017 la AFP Porvenir le comunicó al actor que interpuso acción de tutela en contra del Departamento Administrativo de Salud del Meta respecto de las gestiones dirigidas a la

reconstrucción laboral para la conformación, reconocimiento y pago de la cuota parte del bono pensional a su cargo. Refirió, que la acción de tutela le correspondió al Juzgado Sexto Civil Municipal de Villavicencio, quien ordenó al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO de SALUD del META brindar respuesta a la petición de la AFP PORVENIR. Señaló, que ante la orden dada la Administradora le informó que el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL META aportó certificación de información laboral No. 165 del 16 de abril de 2018 en donde nuevamente manifestó sin ningún soporte probatorio, que las cotizaciones a pensión para los periodos comprendidos del 01/06/1975 al 30/08/1976 se realizaron a CAJANAL.

Expuso el actor, que, al no existir los soportes necesarios para que la Nación asuma el bono pensional, radicó derecho de petición a la Gobernación de Meta solicitando corregir la certificación de tiempo laboral, además que debe asumir esa cuota parte del bono pensional. Ante el silencio, interpuso acción de tutela en contra de la entidad territorial para efectos de recibir respuesta. Que, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Armenia, profirió sentencia de segunda instancia ordenando a la Gobernación de Meta proceder a dar respuesta a la petición expidiendo nuevo CETIL para el periodo 01/06/1975 a 30/08/1976, indicando si existe o no soportes de pago a seguridad social y si la entidad asume o no esa cuota parte del bono pensional. Que ante, el desacato interpuesto la entidad territorial informó que el cumplimiento de la acción allegando actos administrativos de nombramiento, posesión y declaratoria de insubsistencia del actor para el cargo de conductor del HOSPITAL desempeñado entre el 01/06/1975 al 30/08/1976, aporó cetil que registra como entidad empleador servicio de salud del Meta y fondo de aporte Cajanal, siendo responsable la Nación.

Que, a pesar de lo anterior, en la Oficina de Bonos Pensional, se continúa registrado el error "BONO NO EMITIBLE, ENTIDAD NO ESTÁ ASUMIDA POR LA NACION O EXISTEN PERIODOS NO ASUMIDOS POR LA NACION". Por tanto, el 17 de septiembre de 2020, presentó derecho de petición a la entidad con 11 solicitudes relacionadas con los soportes de pago a CAJANAL, recibiendo respuesta negativa al señalar que al revisar el sistema interactivo de

la OBP se generaron dos inconsistencias; la carencia de soportes de cotización y el traslape de tiempos entre SERVICIO SECCIONAL de SALUD del META y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO de SALUD del META para el periodo 01/06/1975 al 30/08/1976. Que de igual forma radicó derecho de petición ante la UGPP, recibiendo respuesta desfavorable al señalar que no cuenta con los soportes de pago.

Por último, que el 14 de noviembre de 2020 presentó acción de tutela en contra de la Gobernación del Meta, Secretaria de Salud de Meta, Gobernador del Meta, OBP, UGPP, PORVENIR S.A., Procuraduría y Ministerio de Trabajo, recibiendo la misma respuesta, que no es posible el trámite del bono pensional al no contar con los soportes que evidencien el pago de aportes en pensión por parte del empleador, siendo clara su inconsistencia, por tanto a la fecha ninguna entidad ha asumido el pago del bono pensional del actor.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO SE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.²

La entidad convocada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que no ha sostenido ninguna clase de relación laboral con el actor, consiguiente, no posee en su custodia la historia laboral del demandante, pues la responsable de expedir el Certificado Electrónico de Tiempos Laborados CETIL es la entidad empleadora y, en caso de estar liquidada, lo debe expedir la entidad que asumió el acervo documental que, para el caso concreto, es la Secretaría de Salud del Meta, toda vez que es la entidad que custodia la historia laboral del señor Trujillo Ospina.

Formuló las excepciones que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la faculta y el consecuente deber jurídico de este Ministerio para tramitar, reconocer y pagar bonos pensionales, prescripción y genérica.

² Pag.1-19 archivos 05 y 09 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP³

La entidad demandada con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, aduce que no es la encargada de emitir el bono pensional solicitado por la parte actora, además que no se evidencian soportes de pago por parte de la Secretaria de Salud del META para los periodos del 1 de junio de 1975 y el 30 de agosto de 1976, que está reclamando el actor para que sean tenidos en cuenta para el pago del bono pensional deprecado. Agregó, que tampoco es la responsable de reconocer y pagar pensión de garantía mínima, ya que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP PORVENIR S.A., siendo esta entidad la encargada de satisfacer los requisitos elevados por el actor respecto del reconocimiento y pago del reconocimiento de garantía de pensión mínima en el RAIS.

Propuso las excepciones que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe de la UGPP, y declaratoria de otras excepciones.

DEPARTAMENTO DE META⁴.

La entidad territorial convocada se opuso a todas las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, exceptuando que entre el 1° de junio de 1975 al 30 de agosto de 1976, el actor estuvo vinculado como conductor del Hospital San Antonio de Villavicencio adscrito al servicio seccional de salud del Meta, pero aclaró que el actor fue vinculado por el servicio de salud del metal, Hoy Ministerio de Salud y Protección Social, hasta el 30 de agosto de 1976 mediante Resolución No. 045 del 20 de septiembre de 1976.

³ Pág. 1-10 archivo 06 del expediente digital.

⁴ Pág. 1-20 archivo 07 del expediente digital.

Planteó las exceptivas que nombró, falta de causa en el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Meta y genérica del artículo 282 del CGP.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. ⁵

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando en síntesis que, de acuerdo con la liquidación provisional del Bono generada por el sistema interactivo en respuesta a la petición ingresada por la AFP PORVENIR S.A. el día 21 de Octubre de 2020 y de conformidad con la Historia Laboral actual reportada tanto por el ISS (hoy COLPENSIONES) como por la AFP en mención, el accionante tiene derecho a un Bono Pensional Tipo A modalidad 2, que se encuentra actualmente en estado de liquidación provisional, donde el emisor y único contribuyente es la Nación. Agregó, que Porvenir S.A. no ha solicitado a través del sistema de bonos pensionales la redención anticipada para la devolución de saldos en favor de su afiliado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2.2.16.1.21 del Decreto 1833 de 2016.

Concluyó, señalando que la AFP Porvenir S.A., es la entidad obligada a agotar el trámite administrativo relacionado con la solicitud de liquidación y emisión del bono pensional al accionante ante la entidad emisora del mismo, en este caso, la Nación, reportando en forma correcta y completa la historia laboral verificada y certifica del beneficiario del bono, o, a fin de que se pueda atender dicha petición, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el Artículo 20 del Decreto 1513 de 1998 hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica.

⁵ Archivo 014 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

**ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROVENIR S.A.⁶**

La AFP demandada se opuso a las pretensiones, aduciendo para el efecto que no ha tenido la oportunidad de adelantar el trámite del bono pensional en debida forma, ante la falta de la reclamación, a la cual se debe acompañar la autorización de tramitar ante la OBP del Ministerio de Hacienda la emisión, redención y pago del bono pensional, como tampoco el Ministerio de Hacienda ha tenido la oportunidad de expedir una liquidación provisional definitiva, en razón a que el demandante no ha aceptado y autorizado su historia laboral para considerarla como normalizada y consolidada; de manera que PORVENIR S.A. no ha recibido, por parte de la entidad legalmente obligada (Nación –Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda), suma alguna por dicho concepto. Agregó, que no se puede efectuar devolución de saldos sin que exista un debido pago y certificación de la totalidad del tiempo cotizado por el actor, por ende, en principio es necesario adelantar las gestiones de actualización de historia laboral, para luego determinar si es dable el reconocimiento de la devolución de saldos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: hecho exclusivo de un tercero, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir S.A., y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de julio de 2023, declaró que el demandante laboró para el servicio seccional de salud del Meta- Hospital San Antonio, entre el 1 de junio de 1975 hasta el 30 de agosto de 1976, como conductor de ambulancia, declaró de igual forma que el único vínculo laboral del demandante FABIO TRUJILLO OSPINA, con el Servicio Seccional de Salud del Meta- HOSPITAL SAN ANTONIO, a tener en cuenta por parte de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público será el indicado en el numeral anterior, cuya certificación

⁶ Archivo 016 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

electrónica de tiempos laborados por el actor será la emitida por la Gobernación del Meta-Secretaría de Salud, por tanto, ordenó a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público convalidar los soportes de pago presentados por la Gobernación del Meta, ordenó a POVENIR S.A. adelantar los trámites ante el referido Ministerio necesarios para la emisión y pago del Bono pensional a favor del actor y realizar el estudio para el reconocimiento de la pensión de garantía mínima o devolución de saldos según corresponda, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y gravó en costas únicamente a Porvenir S.A y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como fundamento de su decisión, inició la *A quo*, por dar por acreditado la vinculación del demandante para el servicio seccional de salud del Meta a partir del del 1 de julio de 1975 hasta el 30 de agosto de 1976, como conductor de ambulancia conforme a la documental aportada por la entidad territorial. Luego, explicó que en virtud de la descentralización de algunos servicios públicos como el de salud, el servicio de salud del Meta contaba con su propia dependencia administrativa. Por ende, la Gobernación del Meta como garante del Hospital es la llamada a responder ante cualquier deficiencia en los aportes al subsistema de pensión, que para el caso de autos únicamente por el periodo solicitado y aceptado por la pasiva, siendo la única entidad que debe expedir el respectivo CETIL.

Estimó, que CAJANAL dejó constancia de la vinculación del actor ante el Hospital San Antonio Villavicencio como el pago de sus aportes en pensión a la respectiva Caja, que las documentales adosadas dejan entre ver que los pagos fueron recibidos, pues cuentan con sello de aceptación y no fueron desconocidos o rechazados por inconsistencias. En consecuencia, consideró que con la información aportada es suficiente y contundente para tener como verdaderos soportes de pago, obligando a la Oficina de Bonos Pensionales adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público esa información como tiempos de servicios para efectos de liquidar el respectivo bono pensional.

Frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de garantía pensión mínima, citó el artículo 4 del Decreto 1889 del 1994, que señala que las

pensiones de vejez en el RAIS se financian con los recursos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos financieros y bono pensional si lo hubiere. Así mismo, citó el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que establece la pensión de vejez en el referido Régimen. Para concluir, que el actor se encuentra válidamente en el RAIS, a través de Porvenir S.A. desde junio de 1998, sin embargo, no es posible el reconocimiento de la garantía de pensión mínima hasta no se verifique el pago del bono pensional a efectos de consolidar el capital necesario para la consolidación de su prestación de vejez.

RECURSO DE APELACIÓN

La convocada **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (OFICINA DE BONOS PENSIONALES)** formuló recurso de apelación argumentando no estar de acuerdo con la decisión tomada. Insiste, que no existen soportes documentales que deje entrever que durante el tiempo que laboró el actor al Hospital de Villavicencio se efectuaron aportes a la Caja de previsión CAJANAL. Tampoco comparte la condena en costas, pues la oposición al reconocimiento y pago del bono pensional no es caprichosa sino conforme a derecho.

La Administradora **AFP PORVENIR S.A.** atacó la sentencia de forma parcial, aduciendo que la Administradora ha venido realizando todas las actuaciones pertinentes con el fin de beneficiar al afiliado demandante, y que no puede realizar ningún estudio de la pensión de garantía mínima o devolución de saldos hasta que el actor no adelante y aporte la documentación necesaria porque falta la consolidación del bono 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

Analizados los fundamentos fácticos, las pretensiones de la presente acción y lo decidido por la Primera Instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si hay lugar a ordenar la liquidación, emisión y pago del bono pensional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, por el tiempo cotizado a la Caja de Previsión Social CAJANAL, como trabajador del Hospital San Antonio de Villavicencio. Como segundo problema jurídico a resolver si fue acertada la orden dada a Porvenir S.A., con el fin de realizar un estudio para el reconocimiento de la pensión minina o devolución de saldos según corresponda.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada y el grado jurisdiccional de Consulta a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo previsto en los art. 66A y 69 CPTSS.

Sea lo primero indicar que no es tema de controversia que el demandante nació el 29 de junio de 1952, que prestó sus servicios al Servicio Seccional de Salud del Meta- HOSPITAL SAN ANTONIO, entre el 1 de junio de 1975 hasta el 30 de agosto de 1976, como conductor de ambulancia, tiempo durante el cual la referida entidad le aportó para pensiones a la extinta Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

Ahora, en el caso particular de las personas cuya primera vinculación laboral haya sido efectuada antes del 1º de julio de 1992, tienen derecho a la emisión y expedición de los Bonos Pensionales Tipo A Modalidad 2, acorde lo

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

indica el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, los cuales fueron inicialmente regulados por el Decreto 1299 de 1994, norma que establece que le corresponde a la Nación emitir los bonos pensionales de los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad se encuentre a cargo del Instituto de Seguros Sociales, **CAJANAL** o cualquier otra Caja o Fondo del Sector Público (Art 16 Decreto 1299 de 1994).

Para tal efecto, el artículo 24 del mentado Decreto 1299 de 1994, precisó que corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento, liquidación, emisión y pago del correspondiente bono.

Es de señalar, que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación necesaria para financiar pensiones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin embargo, la jurisprudencia ha decantado que es procedente aun cuando no esté destinado a financiar una pensión del sistema de pensiones sino la alternativa de devolución de saldos, por lo que importa destacar que de acuerdo con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 el bono pensional es un título que representa el tiempo de cotización o de servicios que un afiliado prestó al ISS, hoy Colpensiones, cajas de previsión, entidades estatales o empleadores que tienen el reconocimiento pensional a su cargo, cuyo pago está destinado a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados que se trasladan al régimen de ahorro individual.

En ese orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado de manera reiterada que los bonos pensionales deben integrarse con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y, en caso de que no alcance a financiar una pensión de vejez en ese régimen, tiene que unirse a la devolución de saldos en los términos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Ello, porque se ha entendido que (i) el bono pensional y la devolución de saldos no son erogaciones excluyentes y, (ii) el primero de estos no está contemplado exclusivamente para financiar una pensión de vejez, pues aun cuando ello sea lo deseable, no siempre se alcanza el capital suficiente para lograr ese objetivo principal y es justo en tales eventos donde procede la

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

devolución de saldos que debe incorporar todos los saldos acumulados. A cita de ejemplo véase las sentencias SL2649-2020 y SL 1127-2022.

Con sujeción a este marco legal, la recurrente Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde la contestación de la demanda, acepta que el accionante tiene derecho a un Bono pensional TIPO A modalidad 2, que se encuentra actualmente en **estado de liquidación provisional**, donde el emisor y único contribuyente es la Nación. Aduce, que la negativa en liquidación del bono se debe a que en el sistema interno genera el mensaje “*INCONSISTENCIA. CERTIFICACIÓN LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO TRASLADADA CON OTRA CERTIFICACIÓN*”, error que se debe a que dos (2) entidades certificadoras Secretaría de Salud del Meta y Gobernación del Meta, conjuntamente están certificando el mismo tiempo. Por tanto, insiste que los soportes aportados no son suficientes en acreditar una historia laboral correcta, verificada y certificada.

Frente al estado de liquidación provisional, el doctrinante Fernando Castillo Cadena en su obra “*Problemas actuales de seguridad social los bonos pensionales*” respecto de la liquidación provisional del Bono, instituyó lo siguiente;

*“Aunque es claro que para este momento se está utilizando la información laboral certificada que fue debidamente confirmada o que no haya sido objetada dentro del término legal correspondiente; el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el Decreto 1513 de 1998, le otorga la facultad al emisor de solicitar y recibir confirmaciones (lo que es en realidad una reconfirmación) de los certificados de historia laboral. **Esta facultad es opcional para el emisor; su razón de ser fue la necesidad de eliminar ciertas inconsistencias en los casos en que se niega o modifica la historia laboral certificada. Dado que se trata de un trámite por excepción, el reglamento dio un plazo más reducido para que las respuestas al emisor tengan validez: sólo un mes. Si el emisor no recibe respuesta dentro de ese término, debe entender que la información certificada es la correcta. En efecto la norma señala: Parágrafo. Dentro del plazo establecido para la liquidación provisional y expedición del bono, el emisor podrá, si lo considera conveniente, solicitar directamente a los empleadores la confirmación de información o recibir directamente certificaciones. En caso de que no reciba la confirmación certificada en el término de un (1) mes, se entenderá que la información anteriormente certificada es correcta.**”*

Los supuestos de facto narrados, nos llevan a colegir que no le asiste razón a la pasiva en negarse en la emisión y redención del respectivo bono pensional, pues de las pruebas documentales aportadas por la Gobernación del Meta- Secretaria de Salud y de la Unidad Administrativa Especial de Gestión y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, permiten inferir que el tiempo certificado por el tiempo comprendido entre el 1 de junio de 1975 al 30 de agosto de 1976, corresponden al único vínculo laboral del demandante con el Servicio Seccional de Salud del Meta- Hospital San Antonio, tal como se advierte de la Resolución No. 030 de 30 del mayo 1975 por la cual se realizó el nombramiento por parte del Hospital de San Antonio, y de la certificación laboral expedida por el Director del Hospital de fecha 15 de febrero de 1978, obrantes en las páginas 35 a 37 del archivo 07 del cartapacio digital.

A su vez, tal como lo estableció la *A quo*, para la época de vinculación del actor estaba en vigencia el Sistema Nacional de Salud, comprendido un nivel nacional, seccional y local conforme al Decreto 56 de 1975 que derogó el Decreto Ley 659 de 1974. Así mismo el artículo 20 de la Ley 19 de 1958 estableció lo siguiente:

“Autorízase al Gobierno para que, con sujeción a las normas del Título Dieciocho de la Constitución, reglamente la celebración, con los Departamentos, de contratos encaminados a descentralizar ciertos servicios públicos, y a que esas entidades presten a los Municipios una más eficaz cooperación para su propio desarrollo. Tales contratos estarán sujetos en todo caso a la aprobación de las Asambleas respectivas, y podrán cobijar las materias siguientes:

a) Creación o reformas de organismos departamentales encargados de prestar cooperación técnica a los Municipios, o de administrar en los respectivos territorios, servicios adscritos a entidades de carácter Nacional;

b) Delegación a los Departamentos de servicios que hoy se hayan a cargo de la Nación;

c) Asignación de Fondos del Tesoro Nacional para cubrir el costo de los servicios que se deleguen, o para contribuir al sostenimiento de los organismos de que trata el ordinal a) de este artículo;

c) Asignación por los Departamentos a los Municipios, de Fondos del Tesoro Departamental, o de rentas de origen local para contribuir al costo de las funciones que hayan de quedar a cargo de estos últimos, conforme a lo previsto en el artículo siguiente”.

Así las cosas, el Sistema nacional de salud contaba con subsistemas nacionales de inversión, información, planeación y suministro de personal como un conjunto de dependencias en su niveles nacionales, seccionales y locales. De manera que la administración de las entidades inscritas estaba a cargo del Sistema nacional de salud, que para el caso de autos le corresponde a la entidad territorial del Meta. En conclusión, de virtud de las normas antes referidas es dable concluir que el Servicio Nacional de Salud del Meta contaba con independencia administrativa, por ende, se tiene que en la actualidad el Hospital de Villavicencio hace parte de la entidad territorial, entidad quien es la llamada a responder en la omisión o deficiencias de aportes al subsistema de pensiones de los trabajadores del Hospital de Villavicencio.

En efecto, del Sistema de Certificación Electrónica de Tiempos Laborados – CETIL se evidencia que, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 1975 al 30 de agosto de 1976, el único empleador del demandante fue el Servicio Seccional de Salud del Meta- Hospital San Antonio, siendo su garante el Departamento de Meta. Tal como se ilustra a continuación:

**MINHACIENDA**
Oficina de Bónos Pensionales

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS
CETIL

**MINTRABAJO**

Ciudad y fecha de expedición: VILLAVICENCIO, Agosto 25 de 2020

No. 202008892000148901060005



DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA

Nombre: SECRETARIA DE SALUD DEL META

NIT: 892.000.143 - 901

Dirección: CARRERA 33 NO. 38 - 45 CENTRO

Departamento: META

Municipio: VILLAVICENCIO

Teléfono Fijo: 6620140

Correo Electrónico: jorruza@meta.gov.co

Código DANE: 50001

DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA

Nombre: SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DEL META

NIT: 802.099.120 - 981

Fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones: Junio 30 de 1995

DATOS DEL EMPLEADO

Tipo de Documento: C

Documento: 7.515.105

Fecha de Nacimiento: Junio 29 de 1952

Primer Apellido: TRUJILLO

Segundo Apellido: OSPINA

Primer Nombre: FABIO

Segundo Nombre:

PERIODOS CERTIFICADOS

Desde (DD-MM-AAAA)	Hasta (DD-MM-AAAA)	Tipo de Vinculación	Tipo de Empleado	Cargo	Aportes Pensión	Aportes Salud	Aportes Vigentes	Fondo Aporte	Entidad Responsable	Total de Días Interrupción	Cargo de Año Completo	Tiempo Completo	Horas Semanales Laboradas
01-06-1975	30-08-1976	LABORAL	PÚBLICO	Conductor	SI	SI	SI	CAJA NACIONAL DE PREVISION CAJANAL	NACION	10	NO	SI	
07-01-1976	16-01-1976	INTERRUPCIÓN								10			

FACTORES SALARIALES 1975 (Valores en pesos)

DECRETO 1159 DE 1994	Periodicidad	Enero	C. IBC	Febrero	C. IBC	Marzo	C. IBC	Abril	C. IBC	Mayo	C. IBC	Junio	C. IBC	Julio	C. IBC	Agosto	C. IBC	Septiembre	C. IBC	Octubre	C. IBC	Noviembre	C. IBC	Diciembre	C. IBC
ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL	MENSUAL	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	0.00	N	2.300.00	S	2.300.00	S	2.300.00	S	2.300.00	S	2.300.00	S	2.300.00	S	2.300.00	S
Total Devengado		0.00		0.00		0.00		0.00		0.00		2.300.00		2.300.00		2.300.00		2.300.00		2.300.00		2.300.00		2.300.00	

C.IBC: Indica si el factor fue considerado como parte del Ingreso Base de Cotización en el mes correspondiente.

Por otro lado, también obra en el expediente copia de las nóminas de septiembre, octubre y noviembre de la vigencia de 1975, y de abril, mayo, junio, julio, agosto de la vigencia de 1976, con copia de recibo y aceptación por parte

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de la extinta Caja Nacional de Previsión Social que comprueban los aportes en pensión.

Todo lo anterior, es más que suficiente para concluir que no le asiste razón a la entidad NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en negarse a la convalidación de los tiempos laborados por el actor ante el Servicio Seccional de Salud del Meta, pues del dossier probatorio recaudado y conforme a los postulados legales y jurisprudenciales sobre la materia no existe ninguna inconsistencia en la información laboral necesaria para la emisión del bono pensional tipo A.

Finalmente, frente a los argumentos de NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa entidad durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en el recurso de apelación. En esos términos, resulta improcedente absolverla de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Tampoco le asiste razón a PORVENIR S.A. en oponerse a la orden impartida por la Juez de instancia a realizar el estudio para el reconocimiento de la pensión de garantía mínima o devolución de saldos según corresponda aduciendo que no se ha redimido el bono pensional, basta con señalar que la demandada recurrente funge como administradora de fondo de pensiones del afiliado Trujillo Ospina y que, por tal virtud, tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones del RAIS que contempla la Ley 100 de 1993, bien sea la de garantía de pensión mínima o la devolución de saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, lo que conlleva a concluir que tiene la obligación de adelantar todas las diligencias necesarias para obtener de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional, con el que se completa el capital acumulado del actor en su cuenta de ahorro individual y que debe ser materia de devolución de saldos.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

La jurisprudencia de vieja data ha expresado, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, es a las administradoras de fondos de pensiones a quienes corresponde ejercer todas aquellas acciones encaminadas a completar el capital de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, como las que tienen que ver con la emisión de los bonos pensionales. A cita de ejemplo véase las sentencias del 17 de julio de 2013, SL451/2013, MP. Rigoberto Echeverri Bueno, reiterada en 28 de octubre de 2019, SL4874-2019, MP. Guarín Jurado, recientemente en la SL 1142-2021 MP. Iván Mauricio Lenis Gómez.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Las costas en esta instancia correrán a cargo de **PORVENIR S.A. y EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** por no haber prosperado su recurso de apelación, se ordena incluir como agencias en derecho, una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago a cada una de ellas.

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,

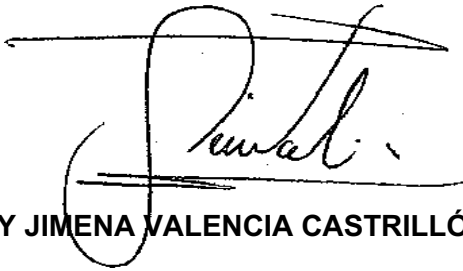
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR INTEGRAMENTE la sentencia del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FABIO TRUJILLO OSPINA** contra **DEPARTAMENTO DEL META-SECRETARÍA DE SALUD DEL META, AFP PORVENIR S.A., LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada **PORVENIR S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** incluyendo como agencias en derecho una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago a cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

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:	11001-31-05-035-2022-00550-01
DEMANDANTE:	JESÚS MARÍA PINEDA PATRÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 1º de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 1º de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JESÚS MARÍA PINEDA PATRÓN** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-035-2022-00550-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., por omisión en el deber legal de información; asimismo, se declare que los subsiguientes traslados entre administradoras resultan ineficaces y que, para todos los efectos jurídicos, la parte actora siempre ha permanecido en el RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas la sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que tales rubros estuvieron en poder de las administradoras; ordenar a COLPENSIONES reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP PORVENIR S.A., actualizar corregir su historia laboral y ponerla a su disposición; 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 nació el 5 de septiembre de 1957, motivo por el cual a la fecha cuenta con 65 años. Que cotizó al otrora ISS desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1.999. Que firmó el formulario de traslado del RPM al RAIS con destino a la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo el 1º de mayo de 1.999. Que dicha afiliación se realizó sin habersele suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión, además, no se le explicó la naturaleza propia del RAIS, como tampoco sus características, ni diferencias con el RPM, omitiendo la AFP darle información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen. Que no se le informaron cuáles eran las condiciones que tenía cumplir, tanto en el RPM, como en el RAIS para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte. Que el 1º de abril de 2002, sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas y consecuencias de su afiliación a cada uno de los regímenes pensionales, fue trasladado a la AFP Porvenir S.A.

¹ Páginas 5 a 19 Archivo 01 Expediente Digital

Que ninguna de las AFP demandadas le informaron sobre las proyecciones que debía prever para asegurar un monto pensional en condiciones dignas en el momento de su retiro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y tampoco se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Además, que en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que nunca ha incurrido en omisión del deber de

² Páginas 2 - 39 Archivo 07 Expediente Digital

³ Páginas 3 a 28 Archivo 08 Expediente Digital

información, toda vez que al demandante se le explicó clara y oportunamente al momento de la afiliación cuáles eran las características propias y diferenciadoras entre un régimen y otro de forma objetiva, el funcionamiento de ambos y la forma de acceder a la pensión en cada uno; asimismo, la determinación sobre la condición de ser ventajoso o no el traslado de régimen fue un juicio de valoración o conveniencia que realizó el afiliado en su fuero interno, sin inducirlo en ningún momento a cualquier tipo de error y mucho menos engaño.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la genérica.

PORVENIR S.A.⁴

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación realizada por la parte demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta fue inequívocamente voluntaria, 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 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, restituciones mutuas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

⁴ Páginas 2 a 26 Archivo 09 Expediente Digital

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1º de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante a través de la Protección S.A.; condenó a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a reintegrar a Colpensiones 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 o rendimientos que se hubieren causado; condenó a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir S.A. con motivo de la afiliación del actor y condenó en costas únicamente a PROTECCIÓN S.A.

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 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, 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que no se da plena aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, a la luz del principio de inescindibilidad, pues son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes para declarar la ineficacia de traslado. Añadió que tal ineficacia contribuye a la descapitalización del Sistema General de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues Colpensiones no tiene dentro de sus alcances

presupuestales la capacidad de asumir el costo de la obligación pensional que se generaría a favor del demandante.

Solicitó que de confirmarse la decisión, se ordene a las AFP demandadas no realizar deducciones por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia, se autorice a Colpensiones a obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen ante el eventual reconocimiento pensional del actor, y no se impongan costas en su contra, en tanto ha sido un tercero de buena fe, que respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria del demandante de trasladarse.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación parcial, aduciendo para el efecto que no es procedente la orden que se le impuso de trasladar los rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, toda vez que este en ejercicio de su voluntad decidió trasladarse a la AFP Porvenir en el año 2002, y es por ello que su afiliación en la actualidad se encuentra válidamente activa con Porvenir y no con Protección, acotando que en comunicación del 16 de enero de 2023, la cual fue aportada al plenario, se puede evidenciar de manera detallada la constancia de traslado de la totalidad de aportes contenidos en esa cuenta de ahorro individual con destino a Porvenir y por ende, la misma no contiene ninguna suma de dinero, ni siquiera los rendimientos financieros que mencionó el Juzgado en su sentencia.

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 JESÚS MARÍA PINEDA PATRÓN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN 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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (página 41 archivo 08 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente ante la **AFP PROVENIR S.A.** (página 139 archivo 09 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 al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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 el demandante al RAIS, 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 les exigió a las AFP demandadas 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 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 las demandadas, pues fue claro en referir que en el año 1999 se encontraba trabajando en la Universidad del Bosque y los invitaron a una reunión con unos agentes de Protección para darlos una información, la cual fue breve y corta, pues solamente les dijeron que el ISS se “iba a acabar” y que debían pasarse al fondo de pensiones porque el gobierno iba a privatizar todo, resaltando que no le dieron más información. Que se trasladó a Porvenir S.A. porque le dijeron los asesores que se trataba de una mejor administradora de pensiones que la AFP Protección (Min. 12:55 – 38:07 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 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 y demás emolumentos cobrados por las AFP del RAIS durante la permanencia del actor en dicho régimen.

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 acertada la decisión de la A quo de ordenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y sumas adicionales de la aseguradora, siendo importante advertir que PROTECCIÓN únicamente está llamada a cumplir dicha orden en caso de tener en su poder rubros por concepto de aportes y rendimientos financieros, pues si bien, a página 42 archivo 08 del ED dicha sociedad certifica el traslado de aportes del actor con destino a Porvenir, lo cierto es que allí no se indica que la cuenta se encuentre en ceros. Aunado a ello, importa advertir que la Juzgadora omitió referirse expresamente, a que ambas AFP demandadas deben proceder a retornar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada administradora, ya que 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, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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 cobró cada AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

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). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

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 en los términos anotados, sin que ello incluya la petición de Colpensiones en relación con autorizarla de ejercer acciones legales en caso de verificar la consumación de perjuicios en su contra, toda vez que ello constituye un derecho de la entidad dispuesto por el ordenamiento que puede ejercer, sin previa autorización judicial. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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 1º de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a las **AFP PROTECCIÓN** y **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** igualmente, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada AFP, 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 **PROTECCIÓN S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

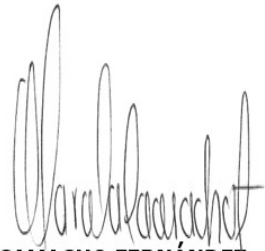
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-035-2023-00093-01
DEMANDANTE:	ÁLVARO GUTIÉRREZ MERCHÁN
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 28 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 por COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÁLVARO GUTIÉRREZ MERCHÁN** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-035-2023-00093-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el día 24 de junio de 1994, por el incumplimiento de los deberes legales de información veraz; asimismo, se declare sin efectos jurídicos tal afiliación y que ha tenido como única afiliación válida al Sistema General de Pensiones la efectuada al RPM administrado por COLPENSIONES; como consecuencia de ello, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; condenar a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por él en dicho régimen; 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 11 de octubre de 1.962, motivo por el cual a la fecha cuenta con más de 60 años. Que cotizó al otrora ISS desde el 24 de febrero de 1993. Que el 24 de junio de 1.994 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy Protección S.A., lo cual se hizo efectivo desde el 1º de enero de 1.995, sin que hubiera transcurrido el término de 3 años de que trata el artículo 15 del Decreto 692 de 1.994. Que la AFP demandada no le informó sobre la posibilidad que tenía de devolverse al RPM o de retractarse de su afiliación por las consecuencias suscitadas a raíz del traslado, menos aún se le asesoró sobre las ventajas y bondades de permanecer en el RAIS o la naturaleza propia del régimen de capitalización. Que los asesores de la AFP le refirieron que el ISS se encontraba en una crisis económica y si continuaba afiliado a dicha entidad, nunca lograría pensionarse, pues ante su inminente liquidación nadie respondería por sus aportes, además, la prestación en el nuevo régimen sería mayor a una edad más temprana. Que solicitó ante las convocadas la nulidad de su traslado al RAIS y la realización de su afiliación a Colpensiones, sin embargo, ambas emitieron respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Páginas 1 a 18 Archivo 01 Expediente Digital

COLPENSIONES²

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y tampoco se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesta que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Además, que en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues obsérvese del formulario de vinculación que suscribió el demandante que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, el cual tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el

² Páginas 3 - 44 Archivo 06 Expediente Digital

³ Páginas 3 a 29 Archivo 07 Expediente Digital

demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.; condenó a Protección S.A. a reintegrar a Colpensiones 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 o rendimientos que se hubieren causado; declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Protección con motivo de la afiliación del actor y condenó en costas únicamente a PROTECCIÓN S.A.

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 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que debe darse aplicación al principio de inescindibilidad de la ley, pues debe echarse mano del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual establece las consecuencias que implican la falta en el deber de información. Dijo que el demandante conocía las características del RAIS, las cuales difieren de aquellas que son propias del RPM, y aun así decidió permanecer durante 22 años en el primer régimen en mención. Añadió que la ineficacia del traslado contribuye a la descapitalización del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues se contraría la equidad y se abandona el concepto de justicia material al permitir el retorno de personas que no han contribuido con sus aportes y que se benefician de las cotizaciones y costos asumidos por los afiliados del RPM.

Señaló que debe considerarse que en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional en materia del traslado manifestó que nadie puede resultar beneficiado a costa de los recursos de manera obligatoria por los otros afiliados ahorrados a esta esquema, dado que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalizaría, pues Colpensiones no tiene dentro de sus alcances presupuestales la capacidad de asumir el costo de la obligación pensional que se genera a favor del demandante.

Solicitó que de confirmarse la decisión, no se impongan costas en su contra, en tanto ha sido un tercero de buena fe, que respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria del demandante de trasladarse y permanecer en el RAIS por más de 22 años. Finalmente, petitionó que se ordene a la AFP demandada no realizar deducciones por concepto de seguros de invalidez y sobrevivencia y se autorice a Colpensiones a obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen ante el eventual reconocimiento pensional del actor.

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 ÁLVARO GUTIÉRREZ MERCHÁN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (página 53 archivo 01 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 este 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante al RAIS, 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 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 fue claro en referir que cuando se encontraba laborando en Casa Fresca en el cargo de operario llegaron los asesores de Protección y les dijeron que el Seguro Social “se iba a acabar”, aunado a que posiblemente con la AFP su mesada pensional sería superior y podría consolidar la prestación a menor edad, lo cual dependería de sus aportes efectuados en su cuenta de ahorro individual. Que también le indicaron que si no se trasladaba a RAIS los aportes realizados al otrora ISS se perderían, sin embargo, no le explicaron cómo se trasladarían esas semanas, ni tampoco le hablaron del bono pensional o aportes voluntarios. Que no retornó al RPM cuando comenzó a operar Colpensiones porque confió en lo que le dijeron por parte de la AFP (Min. 06:23 – 23:56 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 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 y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia del actor en dicho régimen.

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 acertada la decisión de la A quo de ordenar a PORTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y sumas adicionales de la aseguradora. Sin embargo, la Juzgadora omitió referirse expresamente, a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora, ya que 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, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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 cobró

la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

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). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

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 en los términos aludidos, sin que ello incluya la petición de Colpensiones en relación con autorizarla de ejercer acciones legales en caso de verificar la consumación de perjuicios en su contra, toda vez que ello constituye un derecho de la entidad dispuesto por el ordenamiento que puede ejercer, sin previa autorización judicial. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a las **AFP PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha AFP, 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**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-036-2020-00323-02
DEMANDANTE:	SONIA GÓMEZ RODRÍGUEZ.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 18 de agosto de 2023, y grado jurisdiccional de Consulta.
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA.

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 las demandadas COLFONDOS S.A, AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 18 de agosto del 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SONIA GÓMEZ RODRÍGUEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** con radicado No. **11001-31-05-036-2020-00323-02**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia de lo anterior se declare como afiliación válida la hecha al Instituto de Seguro Sociales hoy COLPENSIONES, que se retrotraigan los efectos de la afiliación, y en tal sentido trasladar a Colpensiones la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 23 de septiembre de 1960 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 11 de febrero de 1988 hasta el 16 de junio del mismo año, luego realizó cotizaciones a través de CAJANAL desde el 1 de marzo de 1991 hasta el 5 de febrero de 2000. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 2 de marzo del año 2000. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión el RAIS. Que, para el mes de junio del año 2013 inducida por la información sobre los beneficios del RAIS, firmó su traslado a la administradora COLFONDOS S.A. sin tener conocimiento claro de las consecuencias que conllevaría permanecer en dicho régimen, especialmente la pérdida del régimen de transición. Por último, que solicitó a COLPENSIONES el día 16 de marzo de 2020 su afiliación al RPM, a lo cual recibió respuesta con la negativa del traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

¹ Folios 01- 16 archivo 03 del ED.

² . Folios 01-22 archivo 18 del ED.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; de la inoponibilidad de la responsabilidad 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, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S. A³** a través de apoderado judicial se opuso a la declaratoria de ineficacia de traslado, bajo el argumento que el actuar de la administradora siempre ha sido conforme a la ley y la voluntad de la demandante de afiliarse a esta entidad fue libre y voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada y genérica.

COLFONDOS S.A.⁴ con frontal oposición de las pretensiones, adujo que el traslado se efectuó con el cumplimiento de todos los requisitos legales para la época y sin estar viciado de error, fuerza o dolo. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de

³ Folios 01-18, archivo 12 del ED.

⁴ Folios 01-16, archivo 10 del ED.

causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La **AFP PORVENIR S.A.**⁵ al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, adujo que las afiliaciones realizadas por la demanda con POVENIR S.A. el 31 de agosto de 2001 y posteriormente el 11 de diciembre de 2008 fueron 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.

Elevó como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

La **AFP SKANDIA S.A.**⁶ se opuso a la declaratoria de ineficacia de traslado, bajo el argumento que para la fecha de afiliación a la actora le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 del literal e) de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

⁵ Folios 01-23, archivo 47 del ED.

⁶ Folios 01-16, archivo 49 del ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de agosto del 2023, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por Sonia Gómez Rodríguez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con efectividad del 2 de marzo del año 2000 a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demanda, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, primas de seguros previsionales, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas, que se condene a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y SKANDIA S.A. a la devolución por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y condenó en costas a todas las administradoras de pensiones convocadas.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración de consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas

adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

La administradora **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación en lo relativo a la orden de devolución de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, insiste en su no procedencia al realizar una gestión de buena fe, y que conllevó a unos rendimientos en la cuenta de ahorro de la actora, aunado que los mismos no están destinados a la consolidación de la pensión de vejez. Por último, que tal devolución transgrede el principio de restitución mutuas, esto es, el regreso de las cosas al estado en que se encontraban sin que sea viable la devolución de sumas indexadas que no le pertenecen al RPMD, y que, de ser así, Colpensiones incurriría en un enriquecimiento ilícito.

AFP SKANDIA interpuso recurso de apelación parcial con el fin de que sea revocada la orden de devolución de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima debidamente indexados. Citó el artículo 23 de la Ley 100 del año 1993, del que trata en su inciso final para señalar que el 3% del IBC está destinado para los gastos de administración en la pensión de invalidez o sobrevivencia. Bajo este supuesto, pidió no trasladar estos emolumentos de manera indexada por no reconocer el trabajo de la demandada y causando una afectación en el deterioro del capital de la misma.

COLPENSIONES por su parte, indicó que la actora se encontraba dentro de la prohibición legal para retornar a Colpensiones al superar la edad de 47 años, además que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera. Tal como lo ha venido decantando la Jurisprudencia constitucional. Por último, que se absuelva de las condenas impuestas en primera instancia pues no participó en el acto de traslado objeto de debate.

COLFONDOS S.A. a través de apoderado judicial formuló recurso de apelación, pues la sentencia de primera instancia desconoció la línea jurisprudencial acerca de los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado y su regreso a las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existió el acto o contrato nulo. Que conforme, a lo anterior no es viable la orden de devolución de aportes de seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia bajo el argumento que afecta a un tercero que no fue convocado y también que dichas sumas sean indexadas no fueron solicitadas con la demanda y afecta el principio de debido proceso. Por último, tampoco esta de acuerdo con las costas de primera instancia.

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 Sonia Gómez Rodríguez al Régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y A.F.P SKANDIA junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos

de administración, seguros previsionales y aportes al fondo 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 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 ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*,

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 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 (a) 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 **AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.** el 2 de marzo de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1 de mayo del mismo año (f. 70 Archivo 70). Luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 31 de agosto de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1 de octubre de 2001, posteriormente se trasladó a **SKANDIA S.A.** el 31 de marzo de 2008 con fecha de efectividad a partir del 1 de mayo de 2008, y finalmente se trasladó a la **PORVENIR S.A.** el 11 de diciembre de 2009 con fecha de efectividad del 1 de febrero de 2009, hasta la fecha. (f. 38 archivo 12), **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 este 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 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, 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 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, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de AFP PROTECCIÓN., fue abordada por una asesora de dicha entidad, quien le manifestó que el RAIS era más conveniente por cuanto iba a recibir unos mayores rendimientos y por consiguiente una pensión más alta. Adujo, que el asesor le indicó que se podría pensionar antes de tiempo y que dicha pensión haría parte de la herencia. Adujo, que no le explicaron como se financiaba la pensión de vejez ni tampoco las modalidades de pensionarse como renta vitalicia ni retiro programado. Frente a los traslados horizontales efectuado a A.F.P SKANDIA PORVENIR S.A. y

COLFONDOS S.A. indicó que un asesor la abordó y le presentó el formulario de afiliación, pero tampoco le manifestó o expresó las características del régimen, nuevamente afirmándole que el Instituto de Seguro Social desaparecería, ni tampoco como sería su mesada pensional ni mucho menos de la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse. (conteo de audio 17: 45 - 35:00).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse 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, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud de la apelación por parte de PORVENIR S.A., A.F.P SKANDIA y COLFONDOS S.A. para lo que 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. (…).”

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión de la *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, véase al respecto la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la 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 afectadas 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, frente a los argumentos de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a las recurrentes, pues al revisar el actuar de éstas entidades durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será CONFIRMADA en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. y A.F.P SKANDIA** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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,

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

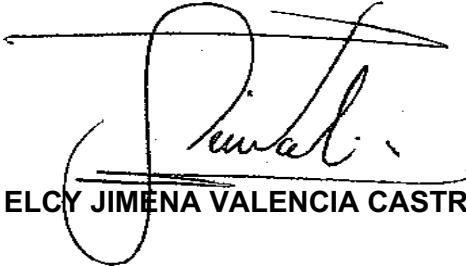
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de agosto del 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. y A.F.P SKANDIA** incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-037-2019-00169-01 11001-31-05-037-2019-00169-02
DEMANDANTE:	BETTY CARVAJAL DE OLAYA
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación Auto y Sentencia del 13 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Nulidad-reliquidación último año
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 demandada contra el Auto del 13 de julio de 2023, así como el recurso de apelación formulado por la parte demandante respecto de la sentencia del 13 de julio de 2023, proferidos por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BETTY CARVAJAL DE OLAYA** contra la **UGPP** con radicado No. **11001-31-05-037-2019-00169-01** y **11001-31-05-037-2019-00169-02**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a la demandada a la reliquidación de su pensión de jubilación, conforme al Decreto 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985, esto es, con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados durante su último año de servicios, incluyendo para el efecto, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, junto con el pago de la diferencias pensionales, los intereses contemplados en los artículos 188 y 193 del CPACA y la indexación.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 6 de junio de 1.955. Que laboró al servicio del Estado por más de 20 años, comprendidos entre el 1º de septiembre de 1971 y el 30 de mayo de 1994. Que se retiró del servicio mediante Resolución 3873 del 26 de mayo de 1.994, a partir del 1º de junio de símil año y adquirió su estatus de pensionada el 6 de junio de 2010. Que radicó solicitud de pensión de jubilación, teniéndole en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, siéndole reconocida la prestación mediante Resolución UGM 020968 del 19 de diciembre de 2011, para cuya liquidación solo consideró lo devengado por concepto de asignación básica, sin incluir auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, todo ello devengado en el último año de servicios. Que contra la anterior determinación no formuló recurso alguno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada UGPP se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no son aplicables las disposiciones anteriores en materia de IBL, resaltando que la actora al ser beneficiaria del régimen de transición, se le liquidó su prestación conforme a dicha norma y considerando los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

¹ Páginas 7 a 18 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 64 a 72 Archivo 01 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada.

ACTUACIONES DE INSTANCIA

Como quiera que el proceso fue asignado inicialmente al Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral de Neiva, dicha autoridad judicial profirió sentencia condenatoria el 4 de agosto de 2015, frente a lo cual la demandada formuló recurso de apelación (páginas 323 a 330 archivo 01 del ED).

Mediante auto del 8 de junio de 2016, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila-Sala Tercera de Decisión, declaró la falta de jurisdicción para conocer del presente asunto y ordenó remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial Neiva, autoridad judicial que a su vez, emitió auto del 1º de noviembre de 2018 ordenando remitir por competencia la actuación para que fuera repartida entre los jueces laborales del Circuito de Neiva (páginas 433 a 434 y 452 a 453 archivo 01 del ED).

Repartido el proceso al Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito de Neiva, dicha autoridad judicial emitió auto del 14 de noviembre de 2018, en el cual declaró su falta de competencia para conocer de la presente acción y ordenó su envío a los juzgados laborales del Circuito de Bogotá (páginas 456 a 457 archivo 01 del ED).

El proceso fue asignado al Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante proveído del 15 de octubre de 2019, declaró la falta de jurisdicción para conocer del asunto, suscitando conflicto negativo de jurisdicción, conforme se observa en el archivo 04 del expediente digital.

Mediante auto del 9 de marzo de 2022, la Corte Constitucional dirimió el conflicto de jurisdicciones entre el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila y el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentido de

declarar que esta última autoridad es la competente para conocer del presente proceso (páginas 4 a 11 archivo 05 del ED).

El por ello que, mediante auto del 3 de noviembre de 2022 el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del proceso y requirió a la parte actora para adecuar la demanda conforme a lo previsto en el artículo 25 del CPT y de la SS, para lo cual le concedió un término de 10 días hábiles (Archivo 06 del ED).

En audiencia celebrada el 13 de julio de 2023, estando en la etapa de saneamiento del proceso, el apoderado de la UGPP elevó solicitud de nulidad de lo actuado por indebida notificación, conforme al artículo 133 del CGP, por cuanto el Juzgado al recibir las diligencias, después de dirimido el conflicto de jurisdicciones por parte de la Corte Constitucional, procedió a emitir el auto del 3 de noviembre de 2022, mediante el cual requirió a la parte actora para que adecuar la demanda conforme a los requisitos del artículo 25 del CPT y de la SS, dándole además, 10 días hábiles para el efecto, sin que a la fecha se observe que el *libelo genitor* se haya adecuado a la jurisdicción ordinaria y tampoco que se haya realizado notificación del traslado de la subsanación a la UGPP, para que procediera a dar contestación a tal actuación.

AUTO APELADO

Mediante auto del 13 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo de la Ciudad de Neiva en el entendido de dejar sin efectos dicha providencia conforme al artículo 138 del CGP y negó la nulidad formulada por el apoderado de la UGPP.

Lo anterior, por considerar que en el presente caso no se ha dejado de notificar el auto admisorio de la demanda a ninguna de los extremos procesales, y por ende, no se ha configurado la causal de nulidad 8ª del artículo 133 del CGP, resaltando que conforme al artículo 138 de la normatividad *ejusdem*, cuando se declara la falta de jurisdicción o competencia por el factor funcional o subjetivo,

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

lo actuado conserva su validez y el proceso se enviará al juez competente, pero si se ha proferido sentencia, esta se invalidará.

Así, indicó que si bien se requirió a la parte actora para que adecuara su demanda, lo cierto es que vencido el término a ella otorgado, se procedió a fijar fecha para audiencia, siendo claro que no existe providencia entre las dos actuaciones mencionadas que se haya dejado de notificar, acotando que al fijarse fecha para la diligencia, el Juzgado aceptó la demanda como se formuló inicialmente siendo lo único procedente declarar la nulidad de la sentencia que se profirió en el proceso, el día 4 de agosto de 2015, por la autoridad judicial que no era la competente para el efecto.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la UGPP formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo que se ratifica en todos los argumentos expuestos en su solicitud de nulidad, e indicando que al considerar las piezas procesales tal cual fueron remitidas por la jurisdicción contencioso administrativa, puede dar paso a una sentencia inhibitoria por parte del Despacho, teniendo en cuenta que no fueron reformuladas las pretensiones de la demanda, pues esta jurisdicción no puede negar ni acceder a peticiones de nulidad y restablecimiento del derecho, menos aun cuando se le concedió a la parte actora la oportunidad para adecuar su demanda a las formalidades previstas para la jurisdicción ordinaria laboral, frente a lo cual el Despacho debió proferir decisión que admitiera, inadmitiera o rechazara la demanda propuesta.

En ese orden, indicó que debe decretarse la nulidad propuesta, porque esta jurisdicción no puede ocuparse de pretensiones que persigan la nulidad y el restablecimiento del derecho propias, de la jurisdicción contencioso administrativa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la UGPP; absolvió a la demandada de la totalidad de las súplicas invocadas en la demanda y condenó en costas a la actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que no existe discusión en cuanto a que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que la normatividad anterior que le es aplicable corresponde a la Ley 33 de 1985, la cual solo tiene alcance en cuanto a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, criterio que ha sido expuesto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Añadió que el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinó los parámetros para calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición cuando a la entrada en vigencia de dicha norma les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, pues a los que les faltare más de 10 años, se les aplica el IBL previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como es el caso de la actora, siendo claro que esta no tiene derecho a que ese IBL se determine conforme a todo lo devengado en el último año de servicios.

Dijo que los factores salariales que conforman el IBL son los que prevé el Decreto 1158 de 1994, norma que no incluye los factores pedidos en la demanda, encontrándose que la liquidación efectuada por la convocada para definir el valor de la pensión de la activa se encuentra ajustada a derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que se revoque la decisión del *A quo* en relación con las costas procesales, pues cuando se radicó la demanda existía jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa, según la cual era procedente la reliquidación de la prestación, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que no medió mala fe la parte

actora, ni tampoco intención de congestionar la justicia al promover la acción, la cual se sustentó en la jurisprudencia vigente en su momento.

Añadió que aunque las agencias en derecho impuestas son de poco monto, en todo caso las mismas representan un castigo para la persona que acude a la jurisdicción a fin que le revisen la prestación pensional, además, en el caso no se ha demostrado que la entidad demandada haya incurrido en gastos frente al proceso.

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.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO APELACIÓN AUTO

Conforme al recurso interpuesto, el problema jurídico a resolver se centra en determinar si es o no procedente declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto que dispuso requerir a la parte actora para que adecuara su demanda, conforme a los parámetros de la jurisdicción ordinaria laboral, de acuerdo con los argumentos expuestos por el apoderado de la UGPP.

La Sala resolverá el recurso siguiendo los lineamientos trazados por el artículo 66A del CPL, es decir, ciñéndose a lo que es motivo de la impugnación.

Para resolver el problema jurídico planteado, juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las nulidades procesales procuran el amparo del debido

proceso y el derecho de defensa de las partes, que como derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política erigen a nuestro país en un Estado Social de Derecho (artículo 29) con cuya observancia y garantía se busca obtener mediante el eficaz desarrollo de los preceptos legales.

Adicionalmente, en asuntos laborales, aparte de las causales reseñadas en el ordenamiento procesal civil, existe nulidad por vulneración de los principios de oralidad y publicidad en las actuaciones judiciales y práctica de pruebas, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 42 del CPTSS.

De suerte que, el ordenamiento jurídico impuesto en los estatutos procedimentales ha concretado para cada asunto jurisdiccional etapas, términos, interés para acudir, medios de impugnación y, en general, todas y cada una de las reglas constituidas, a fin de obtener una resolución judicial con sometimiento al derecho fundamental denominado debido proceso.

Resultando entonces indispensable, para velar por el adecuado cumplimiento y protección del derecho constitucional de que trata el artículo 29, que se acaten a cabalidad los lineamientos regulados para el proceder legal de la Litis, y que habilita la terminación adecuada del asunto, sin que se adviertan deficiencias o irregularidades que riñan con el ordenamiento.

En el *examine* se evidencia que el fundamento de la nulidad alegada por el apoderado judicial de la demandada, atañe a la falta de notificación de la decisión que dispuso admitir, subsanar o rechazar la demanda subsanada conforme a los parámetros de la jurisdicción ordinaria laboral, arguyendo en el fondo que dicha inhibición configura la causal establecida en el numeral 8º del artículo 133 del CGP, que en su tenor literal cita:

«ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. *El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra

persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.» (resaltado fuera de texto)

Sobre el particular, debe indicarse que contrario a lo indicado por el apoderado de la UGPP, en el presente caso no se configura la nulidad en referencia, como quiera que tal extremo procesal no echa de menos que se le haya dejado de notificar el auto que admitió la demanda, sino la providencia que dispuso la admisión, inadmisión o rechazo de la demanda que fuere adecuada a la jurisdicción ordinaria laboral, providencia que una vez revisadas las diligencias, no existe en el proceso.

Ello es así, porque conforme a lo establecido en los antecedentes de la presente decisión, es claro que la demanda inicialmente fue radicada ante la jurisdicción contencioso administrativa, en donde fue admitida y debidamente contestada por parte de la UGPP, siendo del caso resaltar que el proceso se tramitó en dicha jurisdicción al punto que el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral de Neiva, profirió sentencia condenatoria el 4 de agosto de 2015; sin embargo, con ocasión a la falta de competencia declarada por su superior y la decisión proferida por la Corte Constitucional, en la cual se dirimió un conflicto de jurisdicciones, el conocimiento del presente proceso, debió ser asumido por el Juzgado de primer grado, quien si bien mediante auto del 3 de noviembre de 2022 requirió a la parte actora para que adecuara su demanda conforme a los parámetros del artículo 25 del CPT y de la SS, en un término de 10 días hábiles (archivo 06 del ED), procedió posteriormente a continuar con el trámite procesal sin esa actuación.

Así, nótese que en auto del 24 de abril de 2023, se indicó en el informe secretarial lo siguiente: “(...) al Despacho del señor Juez informando que venció término concedido en auto anterior (...)”; acto seguido, el A quo dispuso dar cumplimiento a la orden proferida por la Corte Constitucional y señalar fecha para que tenga lugar la audiencia de que trata el artículo 80 del CPT y de la SS.

De suerte que, no existe en el plenario una providencia que se haya dejado de notificar, como así lo indica la demanda, y en particular un auto que admita, inadmita o rechace la demanda ya adecuada al procedimiento laboral, porque tal

escrito no fue allegado y el juez tampoco insistió en ello, al fijar fecha y hora para la diligencia anteriormente mencionada.

Esta última actuación, tendiente a continuar el trámite normal del proceso, contrario a lo advertido en la alzada, se encuentra ajustada a derecho, toda vez que, conforme al artículo 138 del CGP *“Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará”*.

Por tanto, conforme a la norma en comento, no era si quiera necesario requerir a la parte actora para que adecuara su demanda, pues el Juzgado de Conocimiento únicamente debió proceder a declarar la nulidad de la sentencia proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al ser la única actuación que conforme a la ley podía invalidarse, dejando incólumes los trámites desplegados previo a proferirse el respectivo fallo, en tanto ello conserva su validez, según el texto literal de la normatividad *ejusdem*.

Bajo ese contexto, es claro que en el presente caso no se encuentra configurada la nulidad invocada, mucho menos por el hecho que la demanda no haya sido adecuada conforme a lo establecido en el artículo 25 del CPT y de la SS, como equivocadamente se indica en la alzada, porque aunque es cierto que en el escrito inicial se planteó la nulidad y restablecimiento del derecho, esa sola circunstancia no es motivo para retrotraer la actuación, considerando que el Juez Laboral tiene la facultad de interpretar el querer de las partes, que para el caso conforme a la lectura de la demanda, permite advertir que la parte actora pretende la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia en su integridad.

PROBLEMA JURÍDICO APELACIÓN SENTENCIA

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, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si acertó el Juzgado de Conocimiento al imponer costas de primer grado contra la parte demandante.

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 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 acertada la decisión de la Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la demandante resultó vencida en el proceso, en tanto le fueron resueltas sus pretensiones de manera desfavorable, y es por ello que es merecedora de la condena de las costas de primer grado, sin que sean atendibles sus argumentos de buena fe y vigencia del precedente jurisprudencial, toda vez que para la Sala de Decisión, tal condena tiene una connotación objetiva, además, contrario a lo indicado en la alzada, la parte demandada sí incurrió en gastos procesales, por cuanto debió acudir a la jurisdicción a través de un profesional del derecho, para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada, en tanto no se debate nada distinto a las costas de primera instancia.

Sin costas en esta instancia, dado que los recursos de apelación formulados por ambas partes no salieron avante.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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 el auto del 13 de julio de 2023, proferido por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-037-2022-00132-01
DEMANDANTE:	MAURICIO LATORRE FERRERO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 23 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (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 el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, frente a la sentencia del 23 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MAURICIO LATORRE FERRERO** contra **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.S**, **PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-037-2022-00132-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S.A. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 1 de febrero de 1958, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES cotizando un total de 187 semanas, que el 17 de agosto de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de POVENIR S.A.S, entidad que de manera errónea le informó que el ISS se iba a extinguir y no había posibilidad para pensionarse a futuro, por esa razón se trasladó a los fondos privados que eran la mejor opción para no perder la pensión. En consecuencia, la afiliación se dio con omisión del deber de información, que no recibió al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que elevó derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa calendada el 10 de diciembre de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A.²

La Administradora de Fondo de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que en ningún momento faltó en su deber de información al demandante, pues su consentimiento estuvo mediado de amplia información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible por parte de su representada, y así mismo quedó plasmado en los formularios de vinculación lo que evidencia la buena fe y lealtad de los asesores de esta Administradora por procurar el bienestar del afiliado en el mejor escenario posible. Frente a los hechos

¹ Fs. 1-21 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-22 Archivo 007 Expediente Digital

aceptó la fecha de nacimiento, su vinculación al RPM y al RAIS, como la solicitud de traslado elevada ante la administradora privada.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

PORVENIR S.A.³

La Administradora de Fondo de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo, que la afiliación no se efectuó por una mala asesoría, contrario a lo manifestado, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud No.207006, del 17 de agosto de 1994, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada.

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

COLPENSIONES⁴

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el actor se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible tener a la accionante como afiliado al RPM, pues tal situación

³ Fs.2-29 Archivo 006 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-25 Archivo 005 Expediente Digital

contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la vinculación al RPM junto con el número de semanas cotizadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, prescripción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica,

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 23 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del acto jurídico traslado de del demandante a PORVENIR S.A., así como los traslados horizontales efectuados con posterioridad, declarando válida la afiliación del actor al Régimen de Prima Media administrado por PORVENIR S.A., en consecuencia, condenó a esta última a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración, ni comisiones, además retornado primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el periodo de vinculación con la entidad, rubros estos últimos, es decir gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser indexados al momento de su retorno y con cargos a sus propios recursos, condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones, a todo lo relacionado con gastos de administración, comisiones primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en los periodos de vinculación del demandante con dicha entidad, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, declaró no probadas las excepciones propuestas y gravó en costas a las administradoras privadas.

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 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.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, no compartir la decisión de devolver los gastos de administración, rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía mínima y seguros previsionales, bajo el argumento que tales aportes no estaban destinados a financiar la pensión de vejez, como soporte de lo anterior citó una sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, sin señalar fecha o radicado.

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 realizado por MAURICIO LATORRE FERRERO 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 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 lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLFONDOS 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.** el 17 de agosto de 1994, con fecha de efectividad el 1 de septiembre de 1994 (página 76 archivo 6 ED), luego se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de junio de 2000 con fecha de efectividad el 1 de agosto del año 2000, para retornar nuevamente a PORVENIR S.A. el 28 de enero de 2002 con fecha de efectividad del 1 de marzo del 2002 **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 este 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 el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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, el cual debe atenderse 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.** y a **PROTECCIÓN 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 las AFP demandadas 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 que no le asiste razón a **PORVENIR S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 recurrente, pues el demandante fue claro en indicar que para el año 1994, se afilió debido que se acercó un asesor de PORVENIR S.A. a la empresa donde se encontraba laborando, informando que el ISS se iba acabar y los aportes que había realizado desaparecería. Al cuestionarse si recibió una asesoría completa acerca de las características de cada régimen, contestó que el asesor le informó que en el RAIS iba a recibir una pensión mayor a la que obtendría en el ISS. Manifestó que uno de los argumentos para traslado es que los asesores le prometieron que se pensionarían con una edad inferior en el régimen de prima media, sin embargo, nunca le informaron cómo se financiaba la pensión en el RAIS, las características de cada régimen ni mucho menos le realizaron una proyección de su mesada pensional. (Min. 28:00 50:40 archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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 acertada la decisión del A quo de ordenar **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor 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 debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la 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 confirmará 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 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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A** por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una

suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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,

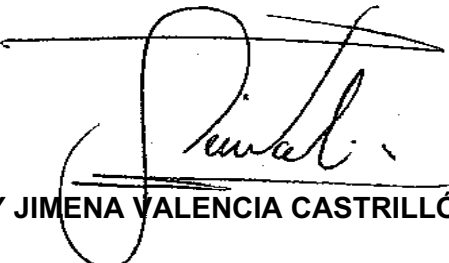
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-038-2022-00180-01
DEMANDANTE:	JAIME HUMBERTO CASTILLO RAMOS
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 4 de agosto de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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**, **COLFONDOS** y **COLPENSIONES** y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa misma entidad, frente a la sentencia del 4 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JAIME HUMBERTO CASTILLO RAMOS** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A**, Y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-038-2022-00180-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR y como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. y los demás administradores de pensiones aquí vinculados, a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S. A, y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al Régimen Prima Media con Prestación Definida y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el demandante nació el 20 de agosto de 1956, que empezó su vida laboral el día 10 de marzo de 1992, con el empleador Hospital Kennedy data en la cual se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES. Refirió, que, en el mes de diciembre de 1996, firmó formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS. Que, la AFP privada al momento de traslado no le brindó una información acerca de las características de cada régimen ni las consecuencias derivadas del traslado, que se trató de una afiliación con omisión al consentimiento propio, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que el 21 de mayo de 2021, elevó derecho de petición ante PORVENIR, para solicitar la ineficacia de traslado del Régimen Prima Media con Prestación Definida al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que, aunque esta entidad no fue estrictamente quien realizó el traslado del accionante, al momento del traslado horizontal, la actora no puso objeción de continuar en el RAIS, por lo cual, se entiende su aceptación tácita frente a este régimen. Adujo, que, durante 26 años, el demandante ha estado

¹ Fs. 1-30 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 1-29 Archivo 008 Expediente Digital

afiliado al RAIS sin que hubiera manifestado ninguna clase de inconformidad. De igual forma considera pues, que la AFP en caso de que el fallo esté en su contra, no debería restituir el porcentaje del 3% de gastos administrativos, al tratarse de unas comisiones destinadas por la buena administración de su cuenta de ahorro individual.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, compensación, restituciones mutuas, inexistencia de la obligación y genéricas.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentó que como quiera que el accionante solicita la nulidad basada en que fue engañado al no brindarle información clara, oportuna y veraz sobre su traslado, es al demandante a quien corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios en el consentimiento estipulados en el artículo 1508 del Código Civil, es decir, error, fuerza o dolo; vicios que deben ser comprobables de manera real y no solo con el dicho, pues no puede pasarse por alto que todo ciudadano al afiliarse a cualquiera de las entidades vinculadas al RAIS tiene la posibilidad de ejercer el retracto de esta, y al dejar que el tiempo corra sin hacer pronunciamiento alguno, ratifica su intención de mantenerse en el régimen elegido.

Agregó, que el accionante firmó de forma consiente y voluntaria el formulario de traslado, por tanto, no podría predicarse de vicio por fuerza; de igual forma la parte actora estaría dentro de los diez (10) últimos años antes de su mesada pensional, lo que conlleva a que no podría realizarse tal traslado según el artículo 2, Literal e) de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

COLFONDOS.

³ Fs. 2-25 Archivo 009 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras privadas de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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.

PROTECCIÓN S.A.

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el acto de traslado es un acto existente, valido y exentos de vicios del consentimiento de cualquier fuerza para realizarlo. Adujo, que el actor firmó un contrato al vincularse con la AFP PROTECCIÓN S.A., libre de apremió del cual nacieron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada.

Propuso como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de agosto de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante

efectuado el 20 de diciembre de 1996, en consecuencia, condenó a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad; condenó a COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo que al realizar la devolución debe incluir los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas únicamente a la AFP Porvenir S.A.

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, 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.

Respecto a las costas y agencias en derecho condenó solo a la entidad Porvenir S.A., considerando que fue esta AFP la encargada de realizar el traslado de régimen.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo concerniente a la orden impartida de devolver las cotizaciones por primas de seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, aportes al fondo de garantía mínima y gastos de administración. Frente a este último, consideró, que no deben trasladarse pues no estaban destinados a financiar la pensión de vejez, sino es un gasto destinado a la buena gestión de la AFP en la administración de la cuenta del demandante.

La demandada **COLPENSIONES**, atacó la integralidad de la sentencia bajo el argumento que el traslado se dio bajo el postulado de buena fe, principio básico de las actuaciones administrativas, sin que le sea dable luego de 26 años de permanencia en el RAIS, presumir que el traslado efectuó sin el cumplimiento de los requisitos legales.

La demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación en lo referente a la devolución de saldos sobrantes al fondo de garantía de pensión mínima bajo el argumento que dichas cotizaciones hacen parte de aquellos manejos que se realizaron en el transcurso de la afiliación de la actora y el debido manejo de sus cotizaciones.

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 JAIME HUMBERTO CASTILLO RAMOS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., y luego a 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 **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A.** ni mucho menos **PROTECCIÓN 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 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 el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS**. el 20 de diciembre de 1996, con fecha de efectividad el 1 de febrero de 1997 (página 177 archivo 6 ED), luego se trasladó a **ING hoy PROTECCIÓN S.A.** el 5 de octubre de 1999 con fecha de efectividad el 1 de diciembre del año 2000, para trasladarse finalmente a **PORVENIR S.A.** el 15 de agosto de 2000, con fecha de efectividad del 1 de octubre del año 2000 **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 este 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 el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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, el cual debe atenderse 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 **COLFONDOS S.A.** y 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 las AFP demandadas 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 que no le asiste razón a **COLFONDOS** ni a **PORVENIR S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 recurrente, pues el demandante fue claro en indicar que para el año 1997 se acercó un asesor a su consultorio informándole que el ISS hoy COLPENSIONES, iba a desaparecer lo que pondría en riesgo sus cotizaciones, siendo más beneficioso el régimen en el RAIS, que su pensión era fija y más alta de la que obtendría en el RPM. Manifestó que uno de los argumentos para traslado es que los asesores le prometieron que se pensionarían con una edad inferior en el régimen de prima media, sin embargo, nunca le informaron cómo se financiaba la pensión en el RAIS, las características de cada régimen ni mucho menos le realizaron una proyección de su mesada pensional. (Min. 14:00 -00:40 archivo de audio y video 022 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración_ que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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 acertada la decisión del *A quo* de ordenar PORVENIR S.A., COLFONDOS Y PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante 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 debían 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 confirmará 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 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 may. 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 la actora.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS S.A.** por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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,

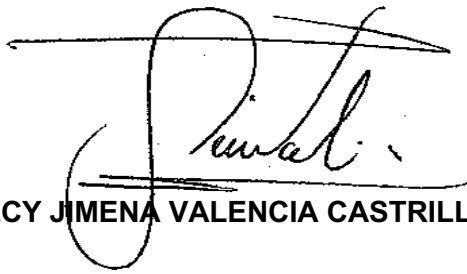
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la de motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001310503920160081900
DEMANDANTE:	DIEGO ANDRÉS PERDOMO NOVOA, DEISY LORENA PARRA FUERTES y MILETXYS DIVERTH PALMEZANO GÓMEZ.
DEMANDADO:	OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 25 de abril de 2013
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Contrato de Trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante **DEYSI LORENA PARRA FUERTES** y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** en contra de la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO ANDRÉS PERDOMO NOVOA, DEISY LORENA PARRA FUERTES Y MILETXYS DIVERTH PALMEZANO GÓMEZ** contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, CONFIANZA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.** con radicado No. **11001310503920160081900**.

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

DEMANDA¹

En síntesis, cada uno de los demandantes pretenden se declare que existió un contrato de trabajo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., que se declare que el Fondo Nacional del Ahorro en su calidad de beneficiario de trabajo en misión, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de las acreencias laborales, que se declare que las demandadas no cumplieron con el pago de prestaciones sociales, vacaciones y la respectiva liquidación al terminar el contrato de trabajo y como consecuencia de lo anterior se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, y finalmente, se grave en costas a las demandadas.

De manera subsidiaria los demandantes solicitaron se declare que el verdadero empleador fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y que dicha entidad no cumplió con el pago de prestaciones sociales, vacaciones y la respectiva liquidación, y en consecuencia se condene al pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria. Se condene a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. de manera solidaria. Se condene a lo ultra y extra petita. Finalmente, se grave en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones DIEGO ANDRÉS PERDOMO NOVOA, manifestó que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES suscribieron contrato de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, luego, fue contratado por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. bajo la modalidad obra o labor contratada, siendo enviado como trabajador en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para desempeñar el cargo de COMERCIAL III y devengando un salario de \$1.750.000. Adujó que las funciones desempeñadas correspondían al giro normal de los negocios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, laborando 8 horas y cumpliendo horario. Añadió, que

¹ Folios 10-30 proceso escaneado. (Archivo 3).

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no canceló las prestaciones sociales debidas y vacaciones.

Como sustento de sus pretensiones DEISY LORENA PARRA FUERTES, manifestó que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES suscribieron contrato de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, luego, fue contratada por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. bajo la modalidad obra o labor contratada, siendo enviada como trabajadora en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para desempeñar el cargo de COMERCIAL IV y devengando un salario de \$1.300.000. Adujó que las funciones desempeñadas correspondían al giro normal de los negocios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, laborando 8 horas y cumpliendo horario. Añadió, que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no canceló las prestaciones sociales correspondientes.

Como sustento de sus pretensiones MILETXYS DIVETH PALMEZANO GÓMEZ, manifestó que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES suscribieron contrato de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, luego, fue contratado por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. bajo la modalidad obra o labor contratada, siendo enviado como trabajador en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para desempeñar el cargo de COMERCIAL III y devengando un salario de \$1.750.000. Adujó que las funciones desempeñadas correspondían al giro normal de los negocios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, laborando 8 horas y cumpliendo horario. Añadió, que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no canceló las prestaciones sociales a que tenía derecho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **SOCIEDAD OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN**², expresó oposición frente a las pretensiones de los demandantes y refirió que existió una relación laboral entre los demandantes en la

² Folios 128 a 141 del proceso escaneado.

cual se estableció que la duración de este sería el tiempo requerido para el desarrollo de la actividad particular contratada. Además, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnización solicitadas adujo que no han sido pagadas debido a que están sujetas al artículo 50.5 de la Ley 1116 de 2006, por lo cual serán pagadas dentro del proceso de liquidación judicial presentada el 9 de junio de 2017 ante el juez, en la debida etapa procesal, en el orden de prelación legal y hasta concurrencia de los activos de la concursada demandada.

Respecto a las pretensiones subsidiarias de los demandantes ni se opuso ni se allanó a algunas, pues no iban dirigidas a la entidad. Frente a las demás expresó las mismas razones ya esbozadas anteriormente.

Frente a los hechos de los demandantes, en síntesis, adujo ser ciertos aquellos que podían ser demostrados con la documental aportada, la suscripción del contrato de trabajo y el salario devengado. Respecto al restante refirió no constarle algunos por no tener conocimiento de ellos o no ser ciertos al manifestar que la empresa no podía realizar el pago de prestaciones sociales, vacaciones y las respectivas liquidaciones al terminar la relación laboral dada la prohibición legal por encontrarse en reorganización.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y genérica.

EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO³ presentó oposición respecto a algunas de las pretensiones de los demandantes aduciendo que cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales que le correspondían y que además no era el responsable directo, ni solidario por los derechos reclamados. Adujo, que cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales que le correspondían en virtud de los contratos comerciales celebrados con la empresa de servicios

³ Folios 161 a 203 del proceso escaneado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

temporales. Adicionalmente, no existe fundamento legal que establezca que como empresa usuaria debe responder solidariamente por el pago de acreencias laborales de los trabajadores en misión.

Respecto a las pretensiones subsidiarias de los demandantes manifestó oposición, pues nunca fungió como empleadora directa, lo que se desvirtúa con los contratos comerciales No. 275 del 26 de noviembre de 2014 y el 147 de 1 de julio de 2015 suscritos con la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A., por lo que además el Fondo Nacional del Ahorro ha cumplido con sus obligaciones contractuales de tipo comercial con quien fue su contratista, por lo que no existe otra obligación de la que fuere responsable, y mucho menos el pago de prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales.

Frente a los hechos de los demandantes, en síntesis, aceptó como ciertos aquellos que tenían previo soporte probatorio, el cual fue allegado oportunamente al plenario, respecto a los demás expresó que algunos no le constaban por ser ajenos a la entidad o no ser ciertos tras manifestar que entre la entidad y los demandantes jamás se suscribió contrato alguno, también que por la naturaleza de expansión de la empresa los trabajadores eran temporales aunque no se tuviera establecido por cuanto tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó, Inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de los demandantes, buena fe, compensación, improcedencia por doble reconocimiento de las obligaciones y prescripción.

CRÓNICA PROCESAL RELEVANTE

La demandada Fondo Nacional del Ahorro en escrito⁴ aparte solicitó llamamiento en garantía a la compañía Liberty Seguros S.A. Así mismo, la parte actora reformó⁵ la demanda para que se convoque a la entidad Confianza S.A., en virtud de que la aseguradora quien expidió las pólizas No. 24DL006347 y

⁴ Folios 211 a 213 del proceso escaneado.

⁵ Folios 216 a 217 del proceso escaneado.

No.24DL008460 tomada por la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación y radicada ante el Ministerio de Trabajo.

Mediante providencia del 3 de agosto de 2018 se admitió el llamamiento en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A y a través de auto del 13 de septiembre del mismo año se aceptó el llamamiento de la Aseguradora de Fianza S.A.

La entidad **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A.**⁶ llamada en garantía, respecto a la totalidad de pretensiones principales y subsidiarias de los demandantes se abstuvo de pronunciarse, puesto que desconocía el fundamento de estas.

Frente a los hechos de los demandantes, expresó que no le constaban en su totalidad, por el hecho de no hacer parte de ellos, por ende, ni aceptó ni negó y se atuvo a lo que resulte probado dentro del proceso.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía se opuso en su totalidad, adujo que Confianza expidió 2 pólizas de disposiciones legales a favor de los trabajadores de Optimizar Servicios Temporales, dichas pólizas son No. 24DL006347 y No.24DL008460, que los trabajadores de dicha empresa acudieron mediante apoderado al Ministerio del Trabajo solicitando la afectación de las pólizas y que las mismas ya fueron objeto de afectación dentro del proceso administrativo iniciado por los trabajadores ante la Oficina de Trabajo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó, improcedencia de afectación de la póliza, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24 DL006347, ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas – ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza y pago.

La entidad **LIBERTY SEGUROS S.A.**⁷ llamada en garantía, adujo frente a las pretensiones principales y subsidiarias de los demandantes, por un lado, que se abstenía de pronunciarse sobre algunas por referirse a eventos ajenos a la entidad,

⁶ Folios 265 a 279 del proceso escaneado.

⁷ Folios 359 a 389 del proceso escaneado.

por lo que desconocía el fundamento de estas, y en lo que respecta a las demás se opuso por considerar que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no era responsable solidariamente del pago de las acreencias laborales

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Las empresas de servicios temporales son empleadoras directas y, por tanto, no existe solidaridad, no procede el doble reconocimiento de las obligaciones, compensación y la genérica.

En audiencia celebrada el día 8 de febrero de 2023, el demandante a través de apoderado judicial **desistió de las pretensiones principales**, siendo aceptado por la Juez de instancia mediante auto notificado en estrados judiciales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de abril de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Diego Andrés Perdomo Novoa y el Fondo Nacional del Ahorro comprendido entre el 25 de febrero de 2015 hasta el 30 de septiembre del mismo año, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Deisy Lorena Parra Fuertes y el Fondo Nacional del Ahorro entre el 18 de febrero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015 y entre Miletixys Diveth Palmezanos Gómez y el Fondo Nacional del Ahorro entre el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015. Condenó al Fondo Nacional del Ahorro y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria. Declaró probadas las excepciones de las llamadas en garantías y no probadas las elevadas por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Absolvió de todas las demás pretensiones al FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Absolvió de todas las pretensiones a COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS CONFIANZA y LIBERTY SEGUROS. Condenó en costas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Como fundamento de su decisión, en primera medida inició por establecer como problema jurídico a resolver si entre los demandantes y la demandada Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo, en caso afirmativo verificar el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones deprecadas. Explicó, que el Fondo Nacional del Ahorro es una empresa industrial y comercial del Estado de orden nacional, y que según lo consagrado en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y excepcionalmente cuando ejerzan funciones de dirección, confianza y manejo son empleados públicos. Como soporte de lo anterior citó la sentencia SL 1556 del 2021, expedida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Estimó, que el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 lleva inmersa la presunción a favor del trabajador oficial cuando señala que se presume la existencia de un contrato de trabajo para quien presta un servicio personal y quien lo aprovecha le corresponde derruir la presunción.

Manifestó la Juez de instancia que, con el acervo probatorio, en especial los testimonios e interrogatorios recaudados dejaron entre ver que los demandantes iniciaron a través de Optimizar en Liquidación para el año 2015, pero luego continuaron presentando servicio a través de otras empresas temporales hasta el año 2019 y 2020. Agregó, que se demostró la prestación personal por parte de los demandantes de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, por otro lado añadió que no hay debate que los demandantes estuvieron bajo la subordinación del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en la medida que se ejerció por delegación de la empresa de servicios temporales, que quien ejerce la subordinación es la usuaria, pues esta es la que supervisa y da instrucciones para la ejecución de las tareas a desarrollar a los trabajadores en misión.

Además, citó el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, para señalar que las empresas de servicios temporales tienen como único objeto la prestación de servicios a los beneficiarios que los requieran para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene como respecto de éstas el carácter de empleador. Explicó, que el FONDO

NACIONAL DEL AHORRO no logró demostrar que los servicios prestados por los demandantes a través de la empresa de servicios temporales se hayan dado efectivamente debido a un incremento temporal o estacional de producción, pues los contratos comerciales con las empresas de servicios temporales se establecieron con el propósito de cubrir la necesidad de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, por tanto bien podría el Fondo acudir a la contratación directa de personal y adecuar su planta de personal para satisfacer una necesidad y por ende condenó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. el pago de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria.

Procedió a liquidar las prestaciones sociales de cada uno de los demandantes y a compensar los dineros pagados por la aseguradora, en lo respectivo a Deisy Lorena Parra Fuente el Despacho liquidó la suma de \$2.415.833 y el valor pagado fue la suma de \$2.420.666. Frente a los intereses a las cesantías las declaró improcedentes ya que según la jurisprudencia se ha establecido que para los trabajadores oficiales no existe disposición legal que reconozca la imposición de dichas acreencias.

Por último, frente a la sanción moratoria a favor de los trabajadores, ha señalado que la simple creencia de la demandada bajo un contrato diferente al laboral y amparado en cierta disposición normativa, en este caso, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 no es suficiente para exonerarse.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto a la decisión que se adoptó frente a la señora DEISY LORENA PARRA en lo que concierne a la liquidación prestaciones sociales, teniendo en cuenta que según los cálculos se encuentra que algunas prestaciones derivadas del régimen de los trabajadores oficiales arrojan un valor superior al que fue pagado por la aseguradora, por lo que será el Tribunal quien corrobore los respectivos valores.

EI FONDO NACIONAL DEL AHORRO recurrió el fallo de manera integral y solicitó se revoque, en la medida que los demandantes no lograron demostrar los

tres elementos esenciales del contrato de trabajo. Manifestó que el doble pago de las prestaciones solicitadas no es procedente, pues en su momento fueron pagadas por parte de la aseguradora Confianza mediante la póliza respectiva. Frente a la indemnización moratoria señaló la buena fe por parte de la entidad, pues antes no tenía una estructuración definida al interior del Fondo Nacional del Ahorro.

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

Los problemas jurídicos que circunscribe la atención de la Sala, linda en i). Determinar si entre la demandante y el Fondo Nacional del Ahorro existió un contrato de trabajo, si prestó sus servicios en calidad de trabajadora oficial, y si, en el desarrollo de esa vinculación para la prestación de sus servicios, las empresas de servicios temporales actuaron como empleador aparente. ii). Analizar si la demandada actuó o no con buena fe y si, en consecuencia, hay lugar o no a la condena al pago de la indemnización moratoria, y, iii) si no hay lugar a compensación de prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada. En caso de salir avante la apelación formulada por la demandada Fondo

Nacional del Ahorro, por sustracción de materia esta Sala de Decisión se relevaría del recurso de la parte actora Deysi Lorena Parra Fuertes.

Para resolver el punto de apelación formulada por la entidad demandada, en cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 Constitucional, es menester precisar en primera medida que su aplicación no se reduce exclusivamente a los casos en los que se pretende desvirtuar un contrato de naturaleza diferente como equivocadamente parece entenderlo la entidad recurrente, en la medida en que tal institución opera para todos los eventos en los que se hace patente la desnaturalización del vínculo laboral, lo que incluye, la utilización indebida o abusiva de formas de intermediación laboral que están autorizados por la Ley.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-171-2012, recordó (..) *la jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que la protección del derecho al trabajo y la relación laboral, la especial protección de la vinculación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, a respetar las prohibiciones legales dirigidas a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de deslaborización, o de tercerización como regla general, o, como a todas las autoridades públicas o empleadores del sector público de manera que deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral (...).*

El artículo 2° del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos a saber: la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y un salario como retribución al servicio.

Por su parte, el artículo 3° *ibídem* prevé que reunidos esos tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones peculiares del empleador, persona jurídica o natural, ni por las modalidades de la labor, ni del tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio

en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza, ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera.

Y el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a la demandada derruir dicha presunción, desvirtuando para ello el elemento de subordinación para desacreditar la relación laboral.

Igualmente, con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las empresas de servicios temporales pueden contratar con terceros para colaborar **-en forma temporal-** con el desarrollo de sus actividades y por la otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a los siguientes escenarios generales: *i).* La tradicional del artículo 6º del CST, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; *ii).* Para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y, *iii).* Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, en los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más (artículo 77 ídem).

Según lo anterior, las empresas usuarias solamente pueden hacer uso de los trabajadores en misión, para los casos taxativamente señalados y por un tiempo máximo de 6 meses prorrogables por otros 6, que vencidos, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente, sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (Decreto 4369 de 2006), por lo que, de contrariarse tales disposiciones, la empresa usuaria pasa a ser la verdadera empleadora y la EST una simple intermediaria.

De otro lado, bajo los postulados del art. 6° del Decreto 2127 de 1945, se encuentra la figura de los contratistas independientes, quienes también actúan como verdaderos empleadores y contratan la ejecución de una o varias obras o la labores en beneficio ajeno, para realizarlas con sus propios medios y con autonomía técnica y directiva. Existiendo solidaridad entre el contratista y quien se beneficia de su labor, cuando las actividades prestadas son normales o corrientes a la desarrolladas por quien encargó su ejecución (CSJ SL611-2018, CSJ SL14692-2017, CSJ SL4400-2014 y CSJ SL 34893, 21 sep. 2010).

Y por último, los “puros” intermediarios, quienes según lo previsto en el art. 5° del mismo decreto, contratan los servicios de otras personas para ejecutar algún trabajo en beneficio del patrono y por cuenta exclusivamente de éste.

En este asunto, son hechos probados e indiscutidos que el demandante **Diego Andrés Perdomo Novoa** prestó sus servicios personales como comercial III en beneficio del Fondo Nacional del Ahorro, en virtud del contrato de trabajo con un tercero por duración de la obra o labor determinada, suscrito con Optimizar Servicios Temporales S.A. del 25 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2015. La demandante de igual forma **Deisy Lorena Parra Fuerte** prestó sus servicios personales como comercial IV en beneficio del Fondo Nacional del Ahorro, en virtud del contrato de trabajo por obra o duración de la obra suscrito con Optimizar Servicios Temporales S.A. del 18 de febrero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015 y por último la actora **Miletxys Diveth Palmezano Gómez** también prestó sus servicios personales como Comercial III a favor del Fondo Nacional del Ahorro, a través de un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada con Optimizar Servicios Temporales S.A. desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015.

Así mismo, se verifica que el nexo de los demandantes con el Fondo Nacional del Ahorro, se derivó de los contratos No. 275 de 2014 y No. 247 de 2015, celebrados entre aquella sociedad y Optimizar Servicios Temporales para la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministrara personal en misión que permitiera cubrir las necesidades de crecimiento y expansión de la entidad contratante (Fondo Nacional del Ahorro). Lo anterior fue

corroborado a través de la respuesta al interrogatorio formulado por la parte actora al Representante Legal del Fondo Nacional del Ahorro, obrante en el archivo 36 del cartapacio digital. Al cuestionarse al representante legal si los demandantes fueron enviados al Fondo Nacional del Ahorro en calidad de trabajadores en misión, contestó que sí y la razón fue por un crecimiento exponencial en el mercado financiero a partir del cual se hizo necesario proveer personal por medio de Empresas de Servicios Temporales (EST).

Así mismo, indicó la representante legal, que de acuerdo con los archivos históricos las funciones de los demandantes correspondían en **I)** Brindar información confiable, clara, precisa y consistente a cuales y potenciales consumidores financieros, sobre los trámites y procedimientos para tener acceso a los productos y servicios que presta la Entidad, **II)** Tramitar y gestionar todas la documentación radicada por los Consumidores Financieros correspondiente a trámites de afiliaciones por cesantías, ahorro voluntario contractual (AVC), créditos hipotecarios y educativos, remitiéndolos a las dependencias responsables de los procesos de acuerdo con lo descrito en los manuales de procedimientos, **III)** Gestionar las solicitudes de afiliación de personas naturales, traslados desde fondos privados o públicos de cesantías, **IV)** Registrar en el sistema de información las solicitudes de afiliación de personas naturales, traslados desde fondos privados o públicos de cesantías, y registro de empresas. Y por último recepcionar y canalizar a través del supervisor inmediato las inquietudes provenientes de los afiliados por un mejoramiento de los procesos que lleve a una excelente calidad en el servicio.

Adicionalmente, se recibió el testimonio de Yennifer Paola Fuquen Sema, declaró que fue compañera de trabajo de los demandantes cuando fueron trabajadores en misión por Optimizar para el Fondo Nacional del Ahorro como asesores comerciales, que ya venía ejerciendo dicha actividad a través de otras temporales, que su jefe directo era Jesús Pérez, persona vinculada directamente con el Fondo Nacional del Ahorro. Adujo, que era el Fondo quien imponía el cumplimiento de un horario de trabajo, y que los implementos de trabajo para ejecutar sus funciones como comerciales eran suministrados por dicha entidad. Por otra parte, Jorge Luis Curiel Gómez y Juan Sebastián Sánchez a unisonó

manifestaron que los demandantes laboraron por el tiempo señalados en los contratos a través de la temporal Optimizar, pero también venían desempeñando los cargos de comerciales, siendo su especial función la de vinculación y capacitación de los clientes de cesantías, ahorros voluntarios etc., siendo supervisados constantemente y recibiendo ordenes de empleados directos del Fondo Nacional del Ahorro. Por último, refirió que las herramientas de trabajo de los convocantes eran entregadas por parte de la división en la que trabajaban, esto es, el área comercial.

De esta manera, las pruebas recaudadas permiten establecer válidamente, tal como lo coligió la *A quo*, que los demandantes no solo prestaron sus servicios personales al Fondo Nacional de Ahorro, sino además, que desde el nexo surgido a través del contrato de obra o labor contratado a través de terceros, el Fondo Nacional del Ahorro ejerció de manera continuada la subordinación y que las vinculaciones realizadas a través de las empresas de servicios temporales, no reflejaban la realidad de la contratación, como quiera que los actores ejecutaron la misma función principal durante todo el tiempo que laboró para la encartada, lo cual se dio de manera continua y con vocación de permanencia, pues como lo manifestó la representante de la entidad, se trataron de actividades misionales de la sociedad como es la captación de clientes para el ahorro de sus cesantías y demás servicios financieros.

En efecto, como acertadamente lo concluyó la Juez de instancia, no se probó que el nexo del Fondo Nacional del Ahorro con Optimizar Servicios Temporales, haya surgido con ocasión de alguno de los presupuestos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990. De ahí, que dicha empresa fue utilizada como simple intermediaria, de manera ilegal, siendo el Fondo Nacional del Ahorro el verdadero empleador, por lo que es indiscutible que la prestación de servicios personales de los demandantes en su favor, a través de los contratos suscritos, constituyó una verdadera relación de trabajo en la modalidad de contrato realidad.

Lejos de desvirtuarse la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se acreditaron las condiciones de subordinación en la ejecución del contrato que fue celebrado en los años 2014 y 2015 por medio de Optimizar

Servicios Temporales, y debido a que se logró constatar el desconocimiento de los presupuestos legales que regulan y rigen las actividades de las empresas de servicios temporales, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, ese acuerdo carece de validez. Por último, atendiendo a la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ahorro, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 y el art. 12 de la Ley 314 de 1996, es posible colegir que los demandantes ostentaron la calidad de trabajadores oficiales.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia que desnaturalizó los diversos contratos de trabajo por obra o labor contratada suscrito entre los actores y Optimizar Servicios Temporales, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo entre los convocantes y el Fondo Nacional del Ahorro. En relación con los **extremos temporales**, el valor de los **salarios** y la excepción de **prescripción**, no merecieron reproche de las partes, por lo que se estará a lo resuelto al respecto en primera instancia.

Frente al reproche de la **indemnización moratoria**, en el caso de los trabajadores oficiales, tal rubro se encuentra regulado por el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 y no por el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo como acertadamente lo dejó sentado la *A quo*. La primera norma señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 1 El artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945 Quedará así:

"ARTÍCULO 52. Salvo estipulación expresa. en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las Retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1 Tampoco se considerará terminado el contrato de trabajo mientras no se practique el nuevo examen médico de que trata el artículo 3 del Decreto número 2541 de 1945, y no se le dé el correspondiente certificado de salud al trabajador, a menos que éste, por su culpa, eluda, dificulte o dilate dicho-examen '

Se considerará que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, si transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta al

médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.

"PARÁGRAFO 2 Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4 de este Decreto-, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación, y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador,

Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional. Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el auxilio funerario en caso de muerte dentro del periodo de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

Si transcurrido el término de nóvenla (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley".

Ahora sobre la procedencia de su pago, debe indicarse que en el expediente está demostrado que el Fondo Nacional del Ahorro empleó mecanismos de intermediación laboral que no le eran permitidos, con lo que pretendió ocultar las relaciones de carácter laboral declaradas, a pesar de que era evidente la naturaleza de tales vínculos, en tanto, en relación con su nexo Optimizar Servicios Temporales, se utilizaron formas de vinculación que tienen carácter transitorio y excepcional en el ordenamiento jurídico, para cubrir funciones de manera permanente en la entidad, lo que denota mala fe del Fondo Nacional del Ahorro, sin que hubiera esgrimido en su defensa razones de peso o, por lo menos convincentes, que justificaran una creencia razonable de estar actuando bajo el amparo de la legislación laboral, siendo claro que la sola manifestación de un crecimiento exponencial en el mercado financiero hizo necesario proveer personal por medio de Empresas de Servicios Temporales, lo que no resulta ser un justificante para haber desconocido las prescripciones de orden legal.

Por tal motivo, habría lugar a ordenar el pago de la indemnización moratoria a razón de 1 día de salario por cada día de retardo, después del vencimiento del plazo de 90 días con que contaba la entidad demandada para efectuar el pago, según los presupuestos de la norma aplicable, tal como se concluyó por la Juez de instancia. En ese sentido no prospera el cargo tendiente a derruir la mentada indemnización.

Por último, aduce la parte actora Deysi Lorena Parra Fuertes que la aseguradora dejó de pagar algunas prestaciones a que tiene derecho como trabajadora oficial. Sin embargo, al auscultar el archivo 23 del cartapacio digital se evidencia que la llamada en garantía Confianza S.A. por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2015 y hasta el 30 de septiembre de 2015 pagó por prestaciones sociales a que tiene derecho la suma de \$2.420.665, valor que aceptó la señora Parra Fuertes haberlo recibido al absolver el respectivo interrogatorio de parte.

De igual forma, es de señalar que la parte activa recurrente de manera escueta señaló que la liquidación efectuada por la aseguradora no correspondía a sus cálculos, sin hacer referencia si se trataba de un salario errado tomado por dicha entidad, los extremos o alguna prestación mal liquidada. Así las cosas, lo que se advierte es que durante el tiempo declarado que laboró para el Fondo Nacional del Ahorro, itérese del 25 de febrero de 2015 al 30 de septiembre de 2015, la actora tenía derecho por prestaciones sociales a la suma de \$2.415.833, sin embargo, la llamada en garantía Confianza S.A., como se indicó en precedencia pagó una suma superior.

Por tanto, el cargo no prospera.

En síntesis, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad, sin costas en esta instancia, ante el fracaso de las apelaciones.

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;

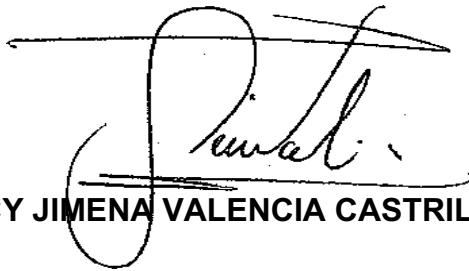
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del veinticinco (25) de abril de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-040-2021-00330-01
DEMANDANTE:	HEBERT MAURICIO DUARTE RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTRO
ASUNTO:	Consulta Sentencia 30 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia del 30 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HEBERT MAURICIO DUARTE RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-040-2021-00330-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Protección S.A.; como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo entre sus afiliados en el RPM, como si nunca se hubiera trasladado; condenar a la AFP Protección a devolver todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración, con destino a Colpensiones; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 11 de julio 1.962, por lo que cumplirá 62 años el día 11 de julio de 2024. Que fue afiliado inicialmente al ISS hoy Colpensiones efectuando cotizaciones desde el día 1º de noviembre de 1986 hasta el día 30 de agosto de 1.998. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. a finales del año 1.998, sin embargo, el asesor comercial de la sociedad no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS y, en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional. Que elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual le fue resuelta de manera negativa.

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 el traslado del actor se llevó a cabo con todos los requisitos que exige la ley, por tanto, tiene plena validez a la luz jurídica.

¹ Archivo 06 del expediente digital.

² Archivo 18 del expediente digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario de afiliación se observa que el actor se trasladó al RAIS de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, y es por ello que, tal acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como de la parte demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de agosto de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante en el año 1998, del RPM al RAIS, por omitirse el deber de

³ Páginas 3 a 25 archivo 12 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

información que rige en materia de seguridad social; declaró que el actor ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad, desde su elección inicial; declaró no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o en su defecto, cuando se rediman; condenó a Colpensiones a que una vez Protección S.A. traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización; condenó en costas a la AFP Protección 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 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.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod. Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a la entidad.

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 y el grado jurisdiccional de consulta concedido 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 HEBERT MAURICIO DUARTE RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN 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 a la afiliada 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 PROTECCIÓN 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 la afiliada, 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 pese a que en el presente caso no obra el formulario de la afiliación efectuada ante Protección S.A., en todo caso de dicho documento, no se podría 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 este 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.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PROTECCIÓN 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 el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el

deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la AFP demandada, pues fue claro al manifestar que una asesora de la AFP se reunió con él durante alrededor de 5 minutos, quien le explicó que “*se acabaría el Seguro Social*”, por lo que debía trasladarse, señalándole además que en Protección tendría iguales o mejores beneficios y que lograría pensionarse en cualquier momento. Agregó que a la fecha del traslado no tenía claras las características del RPM, agregando que no le informaron sobre la existencia de rendimientos financieros, ni le indicaron nada relacionado con los beneficiarios de ley (Min. 01:11:27 – 57:18 archivo de audio y video 33 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 el promotor de la acción 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 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 la AFP 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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 confirmada. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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 30 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-033-2014-00383-00
DEMANDANTE:	LEONARDO SOLER LEÓN
DEMANDADO:	MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. Y OTROS
ASUNTO:	Apelación de la Sentencia del 2 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Indemnización IPP.
DECISIÓN:	CONFIRMA.

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 en favor de MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. y MAPFRE SEGUROS frente a la sentencia del 2 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LEONARDO SOLER LEÓN** contra **MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. Y OTROS**, con radicado No.11001-31-05-033-2014-00383-00.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que se declare la nulidad del dictamen pericial emitido por las entidades demandadas e igualmente ordenar

¹ Fs. 4-8 Expediente Digital

que se califique de nuevo la pérdida de capacidad laboral y secuelas, como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de las incapacidades laborales, indemnización por capacidad permanente parcial o pensión de invalidez, gastos médicos, demás derechos y prestaciones económicas laborales y de riesgos profesionales, causación de costas y agencias en derechos a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar en MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. el 2 de septiembre de 1998, desempeñando el cargo de operario de máquina y mecanismos textiles. Manifestó que el 12 de mayo de 2008 al recoger unos rollos de tela sufrió una caída de la cual fue diagnosticado con una lesión correspondiente a ruptura de ligamento y de menisco interno en la rodilla derecha, la cual fue tratada como riesgo común por desconocimiento y no asesoría del empleador, practicándose una cirugía de reconstrucción de ligamento anterior con auto injerto.

Adujó que el 18 de junio de 2011 sufrió accidente de trabajo al resbalarse por colocar dos internos, que se dobló la pierna derecha, siendo reportado dicho suceso a la ARL MAPFRE, por lo que recibió incapacidad permanente desde el día del accidente hasta la fecha de la intervención quirúrgica. Posterior a la cirugía fue valorado por medicina laboral e ingresó a laborar el 20 de enero de 2012.

Refirió que el 11 de mayo de 2012 MAPFRE expidió calificación de pérdida de capacidad laboral de 0%, por lo que apela y es evaluado en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca la cual confirma la decisión, inconforme con la decisión apela ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien, mediante dictamen del 13 de febrero de 2013, confirmó la pérdida de capacidad laboral en 0%.

Frente al pago de incapacidades, mediante orden de tutela proferida el 6 de enero de 2014, se ordenó a la ARL al pago de incapacidades desde el 2 de octubre de 2013 al 17 de diciembre del mismo año. Decisión que fuere confirmada al resolver el recurso de impugnación. Refirió, que pese a la orden judicial a la fecha ARL MAPFRE no ha reconocido ninguna de las incapacidades desde el 17 de agosto de 2013 hasta la fecha de presentación de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad **MAPFRE S. A²**. se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existe responsabilidad en cabeza de la Administradora de Riesgos Laborales. Frente a los hechos, aceptos únicamente los relacionados con el proceso de calificación del demandante a través de las Juntas de Calificación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó, validez y eficacia de los dictámenes emitidos por las Juntas de calificación en el Sistema de Seguridad Social en riesgos laborales, Falta de legitimación en la causa: a) ARL MAPFRE no es responsable de la atención de eventos de origen común y b) tampoco lo es respecto de eventos accidentales ocurridos fuera del periodo de afiliación con la misma, Inexistencia de la obligación o responsabilidad a cargo de ARL MAPFRE – cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** ³ solo presentó oposición respecto de la primera pretensión, por cuanto la decisión emitida cuenta con pleno soporte probatorio y cuenta con todas las rigurosidades legales y técnicas, respecto de las demás pretensiones señaló que eran ajenas a la entidad. Frente a los hechos señaló que ninguno le constaba por tratarse de circunstancias solamente atribuibles al empleador o por referirse a una presunta actuación que concierne a las entidades de la seguridad social y al empleador.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum-inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen-carga de la prueba a cargo del contradictor, falta de legitimación de la causa por pasiva de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: inexistencia de pretensiones – competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada y genérica.

²Fs. 281-292 archivo 01 proceso escaneado.

³ Fs. 321-334 archivo 01 proceso escaneado.

La entidad **MANUFACTURAS ELIOT S.A.S.**⁴ se opuso a la totalidad de condenas y declaraciones deprecadas en la demanda, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos. Adujo, que ha venido cumpliendo con respecto a u trabajador con todas sus obligaciones legales, reglamentarias y convencionales. Así mismo, reportó oportunamente al Sistema de Seguridad Social Integral y ha efectuado al mismo Sistema los correspondientes aportes obrero-patronales a los cuales se encuentra afiliado. Respecto, de los hechos relevante, señaló que el trabajador nunca reportó la ocurrencia de un suceso y que este haya sido producto del trabajo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas, validez y legalidad de la calificación dada tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, como de la Junta Nacional, Prescripción y genérica.

La **EPS CRUZ BLANCA**⁵ a través de Curador ad litem manifestó oposición a todas, pues cuando se emitió la calificación del dictamen esta se hizo con la información suministrada por el demandante y demás entidades competentes. Frente a los hechos expresó conformidad con la gran totalidad, sin embargo, respecto a algunos adujo no constarle y que debían ser probados.

Propuso como excepción de fondo la que denominó, Inexistencia de la causal invocada de nulidad.

La **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, toda vez que por parte de la entidad se profirió la calificación de conformidad con lo previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012. En lo referente a los hechos arguyó que no le constaban por ser inherentes a circunstancias derivadas de una relación emergente del sistema integral de seguridad social y que además ellos debían ser probados.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó, falta de título y causa, Inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas, Falta de

⁴ Fs. 380-385 archivo 01 proceso escaneado.

⁵ Fs. 529-534 archivo 01 proceso escaneado.

legitimación en la causa por pasiva (demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca), Inexistencia de la obligación, Falta de causa para deprecar la revocatoria del dictamen emitido por la accionada.

La entidad **COLPENSIONES** se opuso a la integralidad de pretensiones, debido a que no se ha logrado establecer una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, por otro lado, lo que atañe a los hechos deprecados en la demanda expresó que no le constaba ninguno, tras señalar que eran ajenos a la entidad.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, Innominada o genérica.

La **EPS SANITAS** a través de apoderado judicial, indicó que, aunque las pretensiones no iban encaminadas en su contra presentó oposición respecto a cualquier tipo de condena que pueda afectarle, en la medida que no hay fundamento factico ni jurídico que permitan su reconocimiento. Respecto a los hechos manifestó no constarle ninguno, pues no tienen relación con la entidad y se atenderá a lo que se pruebe.

Propuso como excepciones de fondo la que denominó, EPS SANITAS ha garantizado las prestaciones económicas y asistenciales a que tiene derecho el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia del título y causa, cumplimiento de las obligaciones de EPS SANITAS, prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas, y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 2 de mayo de 2023, declaró que el demandante presenta un diagnóstico de lesión de rodilla derecha de origen laboral en proporción del 21.08% con fecha de estructuración de 15 de junio de 2007, y como consecuencia de lo anterior, **condenó únicamente a la ARL MAPFRE a reconocer y pagar indemnización por incapacidad permanente parcial,**

que deberá ser cuantificada en los términos de la Ley 776 de 2002. Tuvo por superada la pretensión de reclamación por concepto de incapacidades a favor del actor, dado que las mismas han sido canceladas a lo largo de este proceso por el empleador Manufacturas Eliot S.A.S. Declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y demás alegadas por EPS CRUZ BLANCA, EPS SANITAS, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca y Bogotá, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y COLPENSIONES, por ende, absolvió a dichas entidades de todas las pretensiones en su contra. Así mismo, absolvió a la ARL MAPFRE y MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. de las pretensiones de pago de gastos médicos particulares y pensión de invalidez. Finalmente, **gravó en costas únicamente a la ARL MAPFRE.**

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, el *A quo* señaló, en primera medida lo ateniendo a la pretensión de nulidad de los dictámenes proferidos por las diferentes entidades del Sistema General de Seguridad Social, esto son, el primero proferido por la ARL MAPFRE de fecha 30 de abril del año 2012, de origen laboral sin arrojar porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el segundo dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 22 de noviembre de 2012, que confirmó el origen laboral con un porcentaje de 0%. Luego, el 13 de febrero de 2013, al resolver el recurso de apelación la Junta Nacional de Calificación, ratificó el porcentaje de PCL, de origen laboral y de fecha de estructuración del 19 de julio de 2011.

Explicó, que dentro del proceso se ordenó como prueba pericial a la Junta Regional de Calificación de Invalides de Bogotá y Cundinamarca, en su Sala 2 que calificará al demandante, emitiendo dictamen de fecha 6 de julio de 2017. En su entender concluyó que la lesión fue ocasionada con el accidente de trabajo, con una pérdida de capacidad laboral 21.8 % y fecha de estructuración el 15 de julio de 2017. Conforme a lo anterior, concluyó que los dictámenes recurridos por el demandante cumplen con lo preceptuado en el Manual Único para la calificación de la pérdida de calificación laboral y ocupacional (Decreto 917 de 1999), pues para esa época se evidenció que no se había generado una limitación o unas secuelas en su humanidad. Por lo que son válidos de pleno derecho respecto a la fecha de su expedición, negando la pretensión encaminada a declarar su nulidad.

Adujo, que el actor sufrió una ruptura de ligamento cruzado anterior, siendo reconstruido. Que en ese momento las Juntas Regional y Nacional de Calificación no tenía correlación con la actividad desempeñada. Que, del dossier probatorio, advirtió que lo acaecido en el caso concreto es la consecuencia de los accidentes de trabajo, conforme a la historia clínica e incapacidades laborales y permitió que la Junta Regional en calidad de peritólogo determinará un porcentaje superior al 20%. Agrego, que lo anterior no es óbice para que el actor tenga derecho a la revisión de su calificación de invalidez.

Refirió, que no es objeto de debate dentro del proceso el origen laboral de las patologías del actor, quedando ratificado con los cuatro dictámenes aportados, que el menoscabo en su salud provino a raíz del accidente laboral. Por otra parte, respecto a la pretensión de pago de incapacidades, adujo que tal petición se encuentra superada pues dicha acreencia fue reconocida por orden de tutela, siendo pagadas al actor por el empleador y las demás entidades encargadas de hacerlo según el número de días. En consecuencia, denegó tal pedimiento, sin embargo, aclaró que el empleador cuenta con otros medios para solicitar el recobro de incapacidades, aduciendo que el actor ha estado vinculado a tres diferentes administradoras de riesgos laborales.

Arguyó respecto a la indemnización de incapacidad permanente parcial, que la misma es procedente, pues surge derivada del dictamen proferido dentro del proceso, la cual arrojó una PCL del 21.08%. Explicó, que deberá ser liquidada según el salario devengado y el Decreto 2644 de 1994. Por sustracción de materia denegó la pretensión de pensión de invalidez pues no cuenta a la fecha con una pérdida de capacidad laboral superior del 50%.

Ahora bien, en lo referente al pago de gastos médicos particulares, a juicio del servidor judicial es improcedente y por ende serán absueltas las demandadas, pues para el momento en que ocurrió el accidente este se encontraba afiliado al sistema de seguridad social.

Concluyó; **que la condena únicamente se centrará a que MAPFRE pague la indemnización por incapacidad permanente parcial** (conteo de audio 37:00 archivo 034 del ED). Finalmente, despacho desfavorablemente la excepción de prescripción.

APELACIÓN

MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida de forma parcial, enfocado a las consideraciones que el despacho efectuó sobre el dictamen de pérdida de capacidad laboral que rindió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá en calidad de perito, en la medida que el despacho afirmó que con la historia clínica se infiere que el origen del accidente es laboral y esto está alejado de la realidad, pues el origen no se infiere, sino que se debe decretar. Insiste, que en el dictamen pericial no se estableció el origen de la pérdida de capacidad laboral. Agregó, que el actor no reportó ni comentó la ocurrencia del accidente de trabajo.

La **ARL MAPFRE**, recurrió el fallo de primera vara de manera parcial, contra la única condena que se ha dado por el pago de la indemnización incapacidad permanente parcial con fundamento en el dictamen pericial. Adujo, que el *A quo*, no analizó el dictamen de fecha 13 de febrero de 2013 proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el que determinó que los dos eventos acaecidos en mayo de 2008 y junio de 2011, no ocasionó una pérdida de capacidad laboral, pues determinó que su porcentaje es el 0%.

Adujo, que las patologías padecidas en el año 2008, aparentemente devienen de un accidente de trabajo, pero no quedó demostrado su origen. En consecuencia, erro el Juez de instancia en darle prevalencia al dictamen pericial y no al proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

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.

CUESTIÓN PREVIA

Es de señalar, que de acuerdo a la motivación de la sentencia objeto de censura, se establece que erró el *A quo*, en conceder el recurso de apelación a favor de la demandada MANUFACTURAS ELIOT S.A.S, toda vez que no le asiste un **interés jurídico económico para recurrir**, pues no se erigió condena alguna en su contra. Por el contrario, durante la sustentación de la sentencia que fulminó la primera instancia, el Juez fue enfático en señalar que la única condena impuesta recaía exclusivamente en la demandada MAPFRE para el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial.

Así las cosas, se insiste que al no existir condena contra la sociedad MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. no resulta procedente el recurso de apelación concedido por el Juez de primer grado, conforme a las previsiones del artículo 66 A del CPT y SS. En ese sentido, se releva la Sala de realizar pronunciamiento alguno de las inconformidades elevadas por la empleadora demandada, al no existir la figura de la coadyuvancia.

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 ARL MAPFRE 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 alzada⁶, el determinar si se equivocó el *A quo*, en darle prevalencia al dictamen proferido el 6 de julio de 2017, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en calidad de perito y restarle validez al emanado por la Junta Nacional de Calificación de fecha 13 de febrero de 2013, que determinó como porcentaje de pérdida de capacidad laboral 0%.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado es obligatorio referir que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1352 de 2013, las Juntas de

⁶ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 52 de la Ley 962 de 2002 y adicionado por el 18 de la Ley 1562 de 2012, el estado de invalidez de un afiliado al sistema general de pensiones, debe establecerse mediante la valoración científica que efectúan entre otras, las administradoras de fondo de pensiones, las ARL-, las compañías de seguros que asumen el riesgo de invalidez y muerte y las EPS. Esto, con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez expedido por el Gobierno Nacional. Calificaciones que pueden ser sometidas a consideración de las Juntas de calificación de invalidez del orden regional en primera instancia y apelables ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dichas experticias también son controvertibles ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad 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 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 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". (Subraya la Sala).

Como se anotó, la ARL insiste que debe darse plena validez al dictamen del **13 de febrero de 2013**, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Expertizó que dictaminó que de acuerdo a los diagnósticos de *"Ruptura injerto ligamento cruzado anterior, menisco interno, lesión condral rodilla derecha. Trauma rodilla derecha sin secuelas. Accidente de Trabajo"*, el origen correspondía a "Accidente de trabajo" que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral ascendía al 0% y la fecha de estructuración del 19 de julio de 2011. (pág. 20-25 archivo 01 del ED).

Analizado el referido dictamen, se advierte que la Junta Nacional de Calificación concluyó lo siguiente:

"Una vez revisada la Historia Clínica y la documentación aportada, se trata de trabajador, Operario de empresa manufacturera durante 14 años quien el día 18/06/2011 se le resbaló la pierna derecha doblándose con dolor intenso por halonazo en la rodilla, visto al día siguiente le ordenan RX y posteriormente RNM que demuestra reconstrucción del Ligamento Cruzado Anterior con signos de ruptura completa del injerto, ruptura meniscal y defecto condral de cóndilo femoral, el trabajador tiene antecedente de trauma previo en rodilla derecha que requirió manejo quirúrgico, con los hallazgos encontrados en la RNM de rodilla y el mecanismo de trauma descrito, no es posible asociar dichos hallazgos con el evento ocurrido, se considera que las lesiones corresponden a una complicación de su proceso quirúrgico previo al evento, el cual no fue de intensidad suficiente según mecanismo de trauma descrito para ocasionarla, por lo que se considera, no relacionada con éste, por lo tanto, esta Sala de la Junta Nacional coincide con la apreciación hecha por la Junta Regional". (sic).

Ahora bien, es de señalar que, en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS le fue decretada a favor del demandante un dictamen pericial, para que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca realizará una calificación integral del demandante teniendo en cuenta los eventos acaecidos el 15 de mayo de 2008 y el 18 de junio de 2011. La referida Junta actuando como perito determinó como porcentaje de pérdida de

capacidad laboral del 21.08% y como fecha de estructuración 15 de junio de 2017.

Ahora bien, es de señalar que el anterior dictamen es elaborado por un equipo interdisciplinario que tiene el deber de confeccionarlo con base en el documento técnico denominado – Manual de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional que contiene los parámetros que deben ser observado al momento de realizar una valoración y determinar el origen, la fecha de estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en la norma referidos y que, por demás, debe contar con los fundamentos de hecho, relacionados con la ocurrencia de determinada contingencia y, los de hecho, esto es, las normas que se aplican al caso que califican.

Así mismo, la jurisprudencia ha enseñado que **toda calificación debe ser integral**, sin que pueda entenderse como una modalidad o subtipo de solicitud de valoración, pues precisamente una de las condiciones de cualquier calificación es que se tengan en cuenta todas las condiciones de la persona, incluyendo las secuelas o patologías anteriores bajo el concepto justamente de calificación integral. Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CJS, véase las sentencias del 26 jun. 2012, rad. N° 38.614, reiterada en la CSJ SL, del 24 jul. 2012, rad. N° 37892 y en la CSJ SL 526 -2012 y cuya línea jurídica fue ratificada en la sentencia CSJ SL1987-2019.

Aunado a lo anterior, valga decir que el concepto de integralidad implica que en la valoración se tengan en cuenta absolutamente todas las condiciones existentes para la persona y que para el caso de marras la última valoración dada por la Junta Regional de Calificación

Analizado el elenco probatorio producido en juicio en su conjunto (art. 61 CPTS y SS) de entrada, se concluye que le asiste razón al *A quo* cuando le dio plena validez al dictamen **del 6 de julio de 2017**, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. Esto porque la valoración profesional en él contenida, se acomoda en todo a la legalidad al atender los parámetros reseñados en el Manual Único de Calificación y consultar la realidad médica de Leonardo Soler León.

Se advierte además que la Junta Regional en calidad de perito para emitir el dictamen que se pretende restarle validez, consultó la totalidad de la

historia clínica, los documentos técnicos vigentes y el Manual Único de Calificación de Invalidez, documentos contentivos en 309 folios. Aunado fue valorado de manera presencial al consignar lo siguiente:

“Buen estado general, ingresa apoyado en bastón, marcha notoriamente antiálgica, cicatriz ostensible peri rotuliana miembro inferior derecho sin signos de infección activa, no retráctil, con discreta latero pulsión derecha, aumento del polígono de sustentación a la marcha, flexión de rodilla a 90°, edema peri patelar, dolor exquisito a la palpación de polo inferior, dolor en cuerno posterior del menisco lateral en rodilla derecha. Según resonancia magnética nuclear de rodilla derecha del día 08/08/2013, firmada por la radióloga Sara García Teherán: "Línea oblicua hiperintensa y amputación del borde libre del menisco medial por desgarró complejo. El menisco lateral es de morfología e intensidad de señal normal. Cambios postquirúrgicos de reconstrucción del ligamento cruzado anterior con túneles óseos en adecuada posición. Sin embargo, se identifica hiperintensidad del injerto que no permite descartar pinzamiento sobre el mismo. Ligamento cruzado posterior, complejos estabilizadores medial y lateral y tendones de cuádriceps y patelar íntegros. Las relaciones articulares femorotibiales y patelofemorales y los retináculos patelares no presentan alteraciones. Se identifica área de adelgazamiento del cartílago articular del cóndilo femoral medial en un área que alcanza 9mm de diámetro y se acompaña de edema óseo por lesión osteocondral grado II. Las demás superficies condrales conservan espesor e intensidad de señal normales. Distensión de la capsula articular por la presencia de líquido sin signos de sinovitis. La intensidad de señal de la médula ósea se conserva sin que se identifiquen áreas de edema óseo ni fracturas. Estructuras vasculonerviosas de curso y calibre normal. Opinión: Imagen sugestiva de desgarró complejo del menisco medial, hallazgo que sugiero valorar de acuerdo a estudios anteriores para establecer evolución. Cambios postquirúrgicos del ligamento cruzado anterior con hiperintensidad del injerto. Derrame articular. Lesión osteocondral del cóndilo femoral medial".

En ese orden, es claro que no se dejaron de apreciar o de valorar la totalidad de pronósticos y conceptos médicos dados por su diagnostico de “Esquince rodilla derecha”, pues en el referido dictamen se instruyó lo siguiente:

“Diagnóstico: Esquince rodilla derecha. Tratamiento: Inmovilización. En junio 25 del 2008 mediante nota evolutiva de médico tratante se informa de antecedente de trauma en rodilla derecha con resonancia magnética nuclear que informa de ruptura de ligamento cruzado anterior y lesión meniscal, se manifiesta en dicha nota la existencia de una adecuada evolución posoperatoria, posteriormente se observa la presencia de un nuevo accidente esta vez claramente expresado como trauma en rodilla derecha **debido**

a accidente laboral, donde reiteradamente se informa de la existencia de dolor y limitación funcional "a pesar de los tratamientos multimodales recibidos". En marzo de 2017, en valoración firmada por la Dra. Silvana Quintero se informa: "Enfermedad actual: Paciente con historia de lesión de rodilla derecha secundaria a accidente laboral, quien viene con incapacidad prolongada.

Valorado por fisiatra el 02/02/2017: *Paciente con secuelas de trauma en rodilla derecha debido a accidente laboral, evolución tórpida con persistencia de severo dolor y limitación funcional a pesar de los tratamientos multimodales recibidos. Pronóstico: Malo. Concepto: Desfavorable. Debe continuar manejo por Clínica del Dolor y realizar planes caseros de ejercicios. El anterior concepto se emite para trámites pensionales en cuanto el paciente debe definir su situación laboral ya que se encuentra incapacitado desde el 2013 en forma continua El día de ayer presentó trauma en pie derecho, en el momento refiere dolor, edema y hematoma en el pie. Revisión por sistemas: Persiste con dolor en rodilla, limitación para la marcha. Niega fiebre, vómito, diarrea, síntomas urinarios u otros síntomas. Tiene pendiente control con ortopedia".

En ese sentido, se advierte que el trámite de determinación de invalidez efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca fue explícita, empleó la metodología adecuada según lo previsto en el Decreto 1507 de 2014, Decreto 1072 de 2015, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1477 de 2014. Además, planteó unos criterios objetivos y congruentes atendiendo su rol laboral, aprendizaje y aplicación del conocimiento, comunicación, movilidad, cuidado personal y vida doméstica. Y tuvo en cuenta la totalidad de las secuelas del accidente de trabajo como el "*Dolor somático persistente*" y "*Restricción arcos de movimiento articular rodilla derecha*". De contera se advierte que tal como lo analizó el Juez de instancia la experticia pericial abarcó de manera integral cada una de las patologías en la humanidad del accionante.

Así mismo, la jurisprudencia patria ha explicado que el análisis de la condición de invalidez de una persona esta sometida a la valoración del juez bajo los principios de libre formación del convencimiento y apreciación crítica y conjunta de la prueba, previstos en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Al respecto, vale destacar que en numerosas oportunidades la Sala Laboral de la CSJ ha precisado que la existencia de una experticia emitida por alguna de las entidades competentes en el procedimiento de determinación de invalidez en el sistema de seguridad social no es vinculante ni ata al juez al

momento de resolver en sede jurisdiccional las controversias que se susciten respecto al mismo (CSJ SL4571-2019 y CSJ SL1958-2021).

Ello, porque los jueces laborales tienen plena autonomía y libertad de valoración de las pruebas científicas, facultad que les permite formar libremente el convencimiento de los supuestos de hecho debatidos en juicio, en los términos de los citados artículos 60 y 61 del Estatuto Procesal del Trabajo, de modo que no constituye una transgresión del orden jurídico la selección razonable de una prueba científica diferente, ni tampoco por el hecho de existir una jerarquización deviene que la determinación de la JNC prevalece sobre un dictamen proferido por la Junta Regional, que también evalúe la invalidez de la persona afiliada con apego a los lineamientos legales. A cita de ejemplo, véase la sentencia SL 1958-2021 y SL 3008-2022.

Por último, tampoco es de recibo el argumento de la recurrente que señala que la JNCI no calificó el origen de la patología, pues como se mencionó en líneas anteriores, la experticia entregada por esta, estableció en la casilla origen “trabajo”, adicional a ello esta situación no fue objeto de debate a lo largo del proceso, tal como lo mencionó el juez de instancia.

Sin mas consideraciones que se tornen superfluas e innecesarias, se confirmará en su integridad la sentencia recurrida de conformidad a lo expuesto en la parte motiva. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

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 20 abril de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

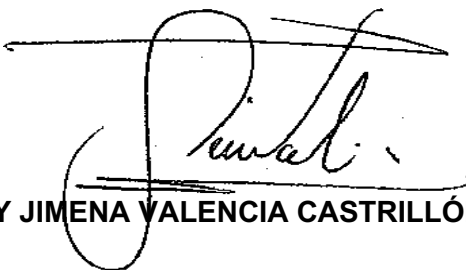
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada

ARL MAPFRE. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMMLV.

TERCERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación elevado por la demandada MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., acorde con lo aquí considerado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	110013105027-2020-00434-01
DEMANDANTE:	LEONEL GREGORIO ROMERO ROMERO.
DEMANDADO:	SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. ESP.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 3 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Despido- Incidencia Salarial.
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **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 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia del 3 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **LEONEL GREGORIO ROMERO ROMERO** contra **SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. ESP.** con radicado No. **110013105027-2020-00434-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que se reconozca que existió un despido improcedente y como consecuencia de lo anterior, se ordene el reintegro en las mismas o mejores condiciones que en las que se encontraba hasta el 8 de enero de 2019, y se condene a la entidad demandada al pago de salarios dejados de devengar, prestaciones sociales legales dejadas de percibir, horas extras, recargos nocturnos y dominicales, los valores pendientes de pagos por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, valores pendientes de pagos por concepto de reliquidación de vacaciones, indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, aportes a la seguridad social, aportes al Fondo de Pensiones, lo ultra y extra petita y finalmente se cause en costas y agencias en derechos.

De manera subsidiaria en el evento que se niegue el reintegro, se condene a la indemnización por despido sin justa causa, y se pague la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, salarios y prestaciones sociales dejados de devengar.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que existió un vínculo laboral a término indefinido desde el 2 de mayo de 2017 hasta el 8 de enero de 2019, desempeñando el cargo de conductor, devengando un salario de \$1.200.000 para 2017 y de \$1.400.000 para 2018, más el pago adicional de un valor denominado “bonificaciones extralegales” que le eran pagados mensualmente. Refirió que durante los primeros 8 meses laboró todo el tiempo, más de 12 horas diarias, sin embargo, no guardo respaldo de las jornadas laboradas y solo hasta el 2018 inició con dicho registro en un cuaderno personal para llevar control de las horas extras, recargos, dominicales y festivos.

Refirió, que el 12 de julio de 2018, la empresa lo notificó de cinco comparendos, los cuales cuatro no coincidían con la fecha de notificación, por

¹ Folios 1-36 proceso escaneado. (Archivo 01).

lo que se negó a firmar dichas amonestaciones. Posteriormente, el 8 de enero de 2019 se presentó una situación de calamidad doméstica, por lo que fue necesario ausentarse de su puesto de trabajo y volvió nuevamente hasta el 10 de enero de 2019 en el horario habitual, teniendo la sorpresa de ser recibido con la carta de terminación de trabajo sin permitirle presentar soportes que justificaran su ausencia y sin un previo proceso disciplinario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. ESP** a través de apoderado judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones exceptuando la existencia del contrato de trabajo. Adujo, que el proceso de despido del demandante se adelantó bajo los parámetros establecidos en el Código Sustantivo de Trabajo y en los manuales laborales internos de la entidad. Frente a los hechos manifestó su inconformidad con la mayoría al señalar que se acordó entre las partes que los beneficios extralegales no constituían salario. Agregó, que el demandante jamás laboró mas allá de las 48 horas legales, y que los memorandos que menciona en el libelo de la demanda si fueron notificados en los días y horas señaladas y que además el trabajador fue citado a descargos en varias oportunidades. Refirió que para el día del problema que fue el detonante del despido, el trabajador no presentó el debido soporte por la inasistencia, razón por la cual el contrato le fue terminado unilateralmente, garantizándole el debido proceso al darle la oportunidad de defender para que justificará su incumplimiento en sus obligaciones. Por último, que realizó los correspondientes pagos a salud y pensión con base a su salario básico mensual.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; Indebida acumulación de pretensiones y carencia del hecho objeto de derecho.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de mayo de 2023, condenó a la demandada a pagar a favor del demandante, la suma de \$1.093.013, por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones del año 2018, que deberá indexarse desde la fecha de finalización del contrato de trabajo hasta aquella en que su pago se efectúe. Condenó de igual forma a reajustar los aportes a pensiones teniendo como IBC el indicando en la parte motiva y por último condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Declaró no probada la excepción de carencia del hecho objeto de derecho. Negó las demás pretensiones y gravó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, inició por señalar como hecho exento de prueba la existencia de un contrato de trabajo entre el 2 de mayo de 2017 al 8 de enero de 2019. Frente al ítem del pago de trabajo suplementario y su consecuente reliquidación de prestaciones sociales. Explicó que teniendo en cuenta los términos del artículo 164 del Código General del Proceso que consagra que toda decisión judicial se debe fundamentar en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, citó también el artículo 167 ibidem que consagra la obligación de las partes de probar el supuesto de hecho de las normas que contienen el efecto jurídico que ellas persiguen. Indicó, que la jurisprudencia ha precisado que, para los eventos de jornadas superiores a lo legalmente establecido, las pruebas deben ser claras, precisas y contundentes, por lo que es improcedente la condena para la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral por no estar demostrado, toda vez, que no le es viable a la propia parte que elabore su propia prueba sin estar avalados por la demandada. Como soporte de lo anterior citó la sentencia SL 61837 del 2019.

Respecto a las bonificaciones recibidas por el demandante durante su relación laboral, citó los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo y la cláusula cuarta del contrato de trabajo. Dicho lo anterior dio, por cierto, las bonificaciones recibidas por el demandante de acuerdo a las pruebas

documentales aportadas y a lo corroborado por la representante legal en su interrogatorio de parte. Que según el ordenamiento legal los pactos de exclusión salarial facultan a las partes para restar tal carácter a algunas sumas que ocasionalmente recibe el trabajador del empleador o beneficios acordados contractualmente o concedidos de forma extralegal siempre que haya dispuesto expresamente que no constituye salario, por lo que se tiene que las pruebas recaudadas en el trámite procesal permiten concluir que lo recibido por el demandante como bonificación extralegal constituyó salario en los términos del artículo 127 del CST, por lo que es procedente la reliquidación solicitada.

En lo referente al reintegro al puesto de trabajo, arguyó que según los artículos 62, 63 y 64 del Código Sustantivo de Trabajo y la jurisprudencia patria consideró que tal petición es inviable, pues ni en la demanda ni en lo probado a lo largo del proceso se evidenció que el actor gozará de algún tipo de estabilidad laboral reforzada. Aunado, que no existe en el contrato de trabajo, ni reglamento interno de la empresa algún procedimiento previo al despido que debía agotar la empresa empleadora. Empero, consideró que atendiendo que la carta de terminación del contrato fue abstracta frente a los hechos endilgados al demandante, situación que fue corroborada por la representante legal quien confesó que el despido obedeció a las ausencias injustificadas que no se consignaron en la carta de terminación y que los llamados de atención se dieron seis meses atrás de la extinción del contrato. Por lo tanto, ante la falta de certeza de la ocurrencia de los hechos narrados en la carta que finiquitó el contrato condenó a la indemnización del art. 64 de la norma ídem.

Por último, absolvió a la demandada del pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T, pues no advirtió una actuación de mala fe al considerar que lo pagado como bonificación no constituía salario y por el contrario durante todo el tiempo de la relación laboral pagó salarios y prestaciones.

RECURSO DE APELACIÓN

La anterior decisión no fue del agrado de la **activa**, formuló dos inconformidades en específico. La **primera** frente a la negativa de reconocer el pago de horas extras, dominicales y festivos, pues según su dicho la prueba documental aportada es más que suficiente para calcular las horas laborales y su consecuente reliquidación salarial y prestaciones sociales. La **segunda** en lo concerniente a la indemnización moratoria del art. 65 del CST, adujo que ante la confesión de la representante legal del pago de la bonificación que, si constituía un salario por su carácter directo de contraprestación de servicio, a su juicio existió una mala fe por parte de la entidad, lo que conlleva a condenar a la pasiva por dicho concepto.

La parte demandada recurrió el fallo, aduciendo que la terminación del contrato de trabajo cumplió con lo establecido en el ordenamiento legal y el pago de bonificación legal fue por mera liberalidad al trabajador para su crecimiento personal.

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

Los problemas jurídicos que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer; **primero** si acertó la Juez de primer grado al condenar a la sociedad Ingeniería en Ductos S.A. E.S.P. a la indemnización por despido sin

justa causa, al no encontrar probado las conductas endilgadas en la carta de terminación y si el pago denominado “bonificación extralegal” no tiene carácter salarial al ser pagado por mera liberalidad por parte del empleador. Como **segunda** inconformidad a resolver si hay lugar al pago de trabajo suplementario conforme a las pruebas documentales recaudadas y **tercero** si es procedente el pago de la sanción moratoria al tenerse como salario el pago denominado bonificación extralegal.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada. Por sustracción de materia se estudiará primero las inconformidades de la demandada, en caso de salir avante se releva la Sala del estudio de las glosas de la parte activa.

Dadas las resultas de la instancia, son aspectos relevados del debate procesal en apelación, **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinición que inició el 2 de mayo de 2017 hasta el 8 de enero de 2019. **2.** Que el contrato fue terminado de forma unilateral por el empleador, el 8 de enero de 2019, aduciendo una justa causa para ello (pag.1 a 2 archivo 01 ED).

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

Para resolver el problema jurídico planteado, debe anotarse que de conformidad con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, reiterada, entre otras, en la sentencia SL3278 de 2022, cuando en juicio se estudia la viabilidad de la indemnización por despido injusto, corresponde al trabajador demandante demostrar el hecho del despido y al empleador demandado, que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una

conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

En el caso bajo estudio, los hechos que se endilgan al trabajador se extraen del despido en el siguiente tenor:

“En consideración a los hechos presentados en los últimos días (sin perjuicio de los anterior llamados de atención que se encuentran acreditados en su hoja de vida) y que denotan su parte absoluto desinterés e irrespeto por las obligaciones contractuales, los que concretan en: - La falta al trabajo sin justificación válida alguna, - No atender la instrucciones, y - el incumplimiento de las obligaciones de su cargo como conductor, a negarse a responder sin excusa válida al llamado que se le hiciera para mover el vehículo a su cargo, -lo que contribuyó a que el mismo no pudiera estar disponible para las labores diarias- y la displicencia con la que contesta a cada requerimiento, sin perjuicio de su negativa a presentarse para rendir descargos (habiendo transcurrido más de dos días) no obstante, mediar requerimientos verbales y escritos; comportamientos reiterados y sistemáticos que está generando perjuicios a la empresa y mal ambiente laboral, por los inconvenientes que esto produce, ya que como usted conoce, la sociedad cuenta solo con dos vehículos y la inoperatividad de uno hace que se dificulte la efectiva prestación de los servicios que son el objeto social primordial de la empresa, lo que además determina la disminución voluntaria y continuada de su rendimiento de trabajo. (..).

En esa misma carta sostuvo la entidad convocada que la decisión de terminar el contrato de trabajo de forma unilateral se había tomado con fundamento en el numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, en concordancia con el numeral 4° del artículo 60 de la norma ídem. Las disposiciones invocadas por el empleador establecen en su tenor literal, lo siguiente:

ARTÍCULO 60. PROHIBICIONES A LOS TRABAJADORES.

4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo.

“ARTÍCULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A). Por parte del empleador:

6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

Claro lo anterior, una vez analizados los elementos de juicio con que cuenta el plenario, en criterio de la Sala le asiste razón a la *A quo*, en el sentido que no configuró la justa causa de despido invocada por la SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. E.S.P. para terminar de forma unilateral el contrato de trabajo de LEONEL GREGORIO ROMERO ROMERO, como quiera que la conducta endilgada como justa causa en la carta de despido **NO** se encontró acreditada dentro del proceso.

Frente a esta conducta endilgada, tenemos que, mediante comunicación del 3 de enero de 2019, la ex empleadora citó al demandante a diligencia de descargos porque no se presentó al trabajo los días 2 y 3 de enero de ese año y tampoco asistió a una reunión programada por el Gerente General para el 3 de enero del 2019.

Ahora bien, el proceder de la empresa debió encauzarse en acreditar debidamente la falta en que sustentó el despido, específicamente, que el trabajador faltó al trabajo en los días mencionados en la citación a descargos, incumpliendo con sus obligaciones contraídas en el contrato de trabajo y en lo estipulado en el numeral 4 del art. 60 del C.S.T. En ese orden, desde un inicio se advierte que ninguna aceptación de la acusación se documenta para el demandante, ora para el trabajador *Leonel Romero*, pues no reposa documento o manifestación alguna en que se admita la conducta que imputa el empleador ni se allegó prueba documental o testimonial que acreditará las referidas ausencias.

De otro lado, nada se probó en torno a la comisión de negarse a mover el vehículo a su cargo, que originó un detrimento en la empresa al no utilizar el vehículo al día siguiente, pues no se aportó prueba alguna que evidenciara que en efecto tal omisión en sus funciones generó el mencionado menoscabo.

Aunado, que dicha situación solo fue puesta de presente a la parte demandante al momento de la terminación del contrato sin darle la oportunidad al trabajador de defenderse ante tal acusación.

En efecto, al cuestionarse a la representante legal, señora Maritza Salamanca cuales fueron las razones concretas para dar por terminado el contrato de trabajo, contestó que, por sus antecedentes en la empresa, pues ya contaba con varios llamados de atención por sus ausencias injustificadas aduciendo temas personales. De igual forma a la pregunta, porque no quedó en la carta de terminación que el despido obedeció a los anteriores llamados de atención, contestó que la persona que realizó la carta no fue específica en señalar las faltas previas cometidas por el actor.

Ahora, en el hipotético caso esta Sala de Decisión, estudiara la comisión de la conducta frente a los llamados de atención realizados al trabajador con anterioridad, de lo que se evidencia que al trabajador Leonel Romero le fue comunicado dos llamados de atención mediante misivas fechadas el 9 y 12 de julio de 2018. Lo anterior significa, que se rompió el nexo causal entre la ocurrencia de los hechos comprobados y la decisión de dar por finiquitado el contrato de trabajo, en los términos señalados por la jurisprudencia.

Es de señalar, que la inmediatez consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tienen conocimientos de estos. De lo contrario se entenderá que fueron exculpados, y no lo podrá alegar judicialmente.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser oportuna y tempestiva, pues si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un

término razonable entre lo uno y lo otro; de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. También ha precisado que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos. A cita de ejemplo véase las sentencias (CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 36014 y CSJ SL, 28 agosto 2012, rad. 38855, reiteradas en la CSJ SL204-2023 y SL605-2023).

La razón por la cual la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de la inmediatez se origina en que el tiempo que pasa entre la ocurrencia de los hechos alegados por el empleador y la decisión de finiquitar el vínculo laboral rompe el nexo causal que debe existir en estos casos, de allí que entre el momento de la falta y el de la decisión de terminación, debe haber un lapso razonable, **que comienza desde el instante en que el empleador conoce de los hechos que genera esa drástica medida, pues de no ser así, muy a pesar de la gravedad de la falta imputada, el despido deviene en ilegal.**

Del dossier probatorio, se aprecia una falta de inmediatez entre las conductas que aduce la representante el trabajador cometió el 9 y 12 de julio de 2018 y el hecho del despido -8 de enero de 2019, transcurriendo más de seis meses, por lo que se entiende que el trabajador fue exculpado de sus ausencias.

En síntesis, la carga probatoria de acreditar la comisión de la conducta alegada como justa causa en la terminación del contrato de trabajo recae en la empleadora, obligación que se incumplió en el presente sumario tal como se advirtió de las líneas expuestas, y que por tanto llevan a la Sala a confirmar la decisión apelada.

BONIFICACIÓN EXTRALEGAL.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia patria, no todos los pagos que recibe un trabajador constituyen salario ni tampoco basta que estos se entreguen de manera habitual, pues se debe analizar si su finalidad es la de

remunerar directamente la actividad laboral del vinculado, tal como lo establece el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto señala que es salario *“todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte”*.

De modo que ninguna relevancia tiene la figura jurídica o contractual o la denominación que se utilice, ya que, si el pago realizado por el empleador es consecuencia directa de la labor desempeñada, constituirá salario, en virtud del principio de la primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la C.N. según el cual *“prima la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2852-2018 y recientemente en la sentencia del 16 de junio de 2021 SL2727-2021 con Ponencia de DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ que señaló lo siguiente:

“De otro lado, sobre la exégesis del 128 del CST expresó la Corte en sentencia CSJ SL, 29 jul. 2015, rad. 46167:

Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte ha sido enfática y clara en precisar que las cláusulas de exclusión salarial, pactadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no deben ser admitidas inexorablemente, por el solo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y «...no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen.» (CSJ SL, 12 feb. 2003, rad. 5481, CSJ SL, 12 jul. 2011, rad. 38832, CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475)” (Sic).

En torno al tema, propuesto, esta Sala en sentencia CSJ SL1798-2018, en asunto en el que se discutió la naturaleza salarial del mismo concepto aquí reclamado, dijo:

“En este punto, juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) *«los beneficios o*

*auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto **expresamente** que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (art. 128 CST).*

En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo. (Subrayas fuera de texto).

El artículo 127 del CST, reza:

*Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, **bonificaciones habituales**, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso y obligatorio, **porcentajes sobre ventas y comisiones**”. (Subrayas fuera de texto).*

No es válido tampoco para las partes; en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo; cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo, véase la sentencia CSJ rad. 39475 del 13 de junio de 2012, que reitero lo expuesto en la del 1 de febrero de 2021, rad. 35771 que señaló lo siguiente:

“Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece,

pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado”.

De otro lado, no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta.

Ahora bien, al revisarse el contrato de trabajo, se excluyó en la cláusula cuarta que; *“todos los auxilios, beneficios, **bonificaciones** o conceptos extralegales que SG INGENIERÍA EN DUCTOS S.A. E.S.P.S le pagué al trabajador (...) y demás servicios **no** constituye salario, en dinero o en especie, para ningún efecto legal o prestacional “(Negrilla nuestra).*

Para la *A quo*, a pesar de existir dicho acuerdo en el contrato, no por ello debía excluirse la bonificación que se alega constituye factor salarial, por cuanto los artículos 127 y 128 del Estatuto Laboral, determinaban de forma clara los pagos que constituyen o no salario; de lo que se puede concluir que si lo tuvo en cuenta, pero al analizar los otros medios de prueba con el fin de verificar, si realmente los pagos realizados por ese concepto retribuían la labor del accionante, en su acierto estimó que por tratarse de bonificaciones se trataba de una retribución directa del servicio como conductor, por lo que concluyó que sí eran salario.

Es un hecho indiscutible y aceptado por la demandada, que el demandante durante los meses de enero a junio del 2018 recibió la denominada “bonificación extralegal”.

De lo anterior se evidencia, que en ninguna de las pruebas documentales analizadas aparecen argumentos que justifiquen, aunque sea someramente las razones de ser de esos pagos, por el contrario deja entre ver

que los mismos eran habituales, permanentes y periódicos, y frente a este último ítem debe señalarse que su periodicidad no debe entenderse que sean mensuales sino tal como lo ha señalado la jurisprudencia patria pueden ser anuales, toda vez que lo relevante para su carácter salarial constituye que su esencia sea la retribución directa del servicio, como se evidenció que su pago estaba supeditado a su labor como conductor, pues la representante legal solo se limitó a señalar que dicho pago era dado para buscar la permanencia del trabajador en la empresa como conductor.

En conclusión, la Juez de primera instancia no se equivocó al establecer que las diferentes bonificaciones, constituían salario, pues conforme el análisis de las pruebas reseñadas y de la jurisprudencia citada, la demandada recurrente no demostró que esos pagos mensuales, habituales, permanentes y periódicos como retribución de su servicio como conductor, tuviesen una justificación objetiva que permitiera concluir lo contrario, pues tal como lo confesó el representante legal de la demandada la bonificación era retributiva de su servicio.

TRABAJO SUPLEMENTARIO.

Frente al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos, bien es sabido que aquel que pretende un derecho, tiene el deber de alegar y probar los hechos que lo producen, tal como lo ha delineado pacífica y abundantemente la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, visible en sentencia CSJ SL, 22 abr. 2004, rad. 21779, reiterada en proveído SL1812-2022, en la cual se expresó, lo siguiente:

“De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación,

debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado».

Es por ello, que, en materia de obligación probatoria sobre horas extras, le corresponde exclusivamente a la parte demandante, acreditar en la litis que efectivamente desarrolló actividades, labores o tareas por fuera de la jornada ordinaria laboral, de tal suerte que conduzca al juzgador a la convicción necesaria para aplicar la consecuencia legal que se derive de los recargos sobre el trabajo probado.

Al respecto, la sentencia CSJ SL3009-2017, expresó:

“No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada”.

Al ojear nuevamente las documentales recaudadas, se tiene que frente a la demostración del trabajo más allá de la jornada ordinaria, se aportó una minuta elaborada por el trabajador en que señala “las horas trabajadas”, tal documental obrante en las páginas 60 a 63 del archivo 04 del cartapacio digital, no contiene nota o firma de aceptación proveniente de la empresa, a contrario sensu, al absolver el interrogatorio de parte la representante legal de la empleadora **NO** aceptó su contenido, pues fue enfática en señalar que el actor laboraba la jornada ordinaria que comprendía 48 horas semanales. Aunado que de las nóminas de pago tampoco se evidenció concepto alguno por horas extras o recargos.

Es de recordar, lo dicho por la jurisprudencia patria que nadie puede fabricar sus propias pruebas para favorecerse con ellas, es decir, que la parte no puede elaborar una minuta de unos hechos que lo favorecen y luego pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio. A cita de ejemplo,

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

véase la sentencia SL, 15 de julio de 2008, rad. 31637, reiterada en la SL 2079-2019.

Por ello, no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente establecidas. Por lo tanto, es improcedente la condena por trabajo suplementario, habida cuenta que lo aportado al plenario no arroja claridad acerca de un exceso en la jornada máxima legal, diaria o semanal.

SANCIÓN MORATORIA.

Respecto la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, es bien sabido que estas no operan de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador (Sentencia SL.16572-2016), en otras palabras le corresponde al Juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de sus obligaciones laborales, para efectos de determinar la procedencia o no de la misma, es decir, la forma en que se ejecutó la relación de trabajo entre las partes es lo que determina si el empleador actuó desprovisto o no de buena fe, a cita de ejemplo véase las sentencias SL1166-2018, SL1430-2018 y la SL2478-2018.

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, para los casos en que realmente se adeuda salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, en la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente se advierta que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al

trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, rememorada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

Al respecto la Sala no encuentra motivos plausibles para absolver a la pasiva de la aludida condena, pues en efecto, la indemnización moratoria, se causa cuando a la terminación del contrato de trabajo no se cancelan las prestaciones sociales. En reiterados pronunciamientos ha establecido esta Sala de Decisión que la indemnización moratoria por la no cancelación de prestaciones sociales al finiquito del vínculo no opera en forma automática y por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

En el presente caso, la pasiva canceló de manera deficitaria el pago de prestaciones por el año 2018, sin que la pasiva demostrara una conducta justificable para omitir el pago de dichas acreencias laborales, pues tal como lo indicó la Juez de primera vara el referido pacto de salarización previsto en el contrato de trabajo no es significativo para determinar que la demandada actuó de buena fe, como quiera que el mismo fue ambiguo y genérico, sin que de manera precisa se hubiere consagrado que no constituía salario.

En otras palabras, dicho concepto estaba inequívocamente dirigido a retribuir directamente el servicio prestado, lo cual hacía parte del salario, en los términos del art. 127 del CST.

Al respecto, se trae a colación la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de fecha 23 de marzo de 2022, radicado 58423 con Ponencia de DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ que ratificó la SL1993-2019:

[...] resulta importante reiterar que por regla general y conforme al artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo, todo lo que reciba el trabajador, sea en dinero o especie, en ejecución de un contrato de trabajo, cualquiera

que sea la forma o denominación que se adopte, debe ser considerado como tal, a menos que resulte claro que su reconocimiento o entrega obedezca a una finalidad diferente, o que se evidencie por parte del empleador las condiciones de ocasionalidad o de mera liberalidad, o mejor, que su causa no es remunerativa del servicio prestado. (CSJ SL12220-2017 y CSJ SL3272-2018).

Finalmente, resulta oportuno recordar que las partes del contrato de trabajo no tienen la libertad para desconocer la verdadera naturaleza retributiva de un pago o beneficio que otorgue el empleador al trabajador, por ende, no es razón suficiente indicar que era rubro que se concedía de «*mera liberalidad*», para eximir de la sanción moratoria, aunado a que se confesó que era retributivo por su labor. En consecuencia, habrá de ordenarse el pago de la suma de \$33.600.000 por la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, correspondiente al periodo del 9 de enero de 2019 hasta el 9 de enero de 2021. A partir del mes veinticinco, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se haga efectivo el pago del saldo insoluto de las prestaciones sociales.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV. Sin costas a la parte demandante por prosperar parcialmente el recurso de apelación.

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: REVOCAR EL ORDINAL QUINTO de la Sentencia del 3 mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada SG INGENIERIA EN

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

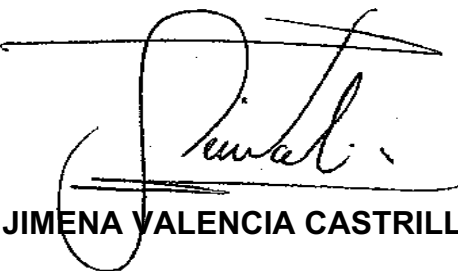
DUCTOS S.A. ESP al pago de la indemnización moratoria por valor de \$33.600.00 correspondiente al periodo del 9 de enero de 2019 hasta el 9 de enero de 2021. A partir del mes veinticinco, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se haga efectivo el pago del saldo insoluto de las prestaciones sociales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-001-2020-00327-01
DEMANDANTE:	LUCERO MOSQUERA MARÍN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación de Sentencia del 23 de agosto de 2023 y grado jurisdiccional de Consulta
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 23 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUCERO MOSQUERA MARÍN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PROTECCION S.A.** con radicado No. **11001-31-05-019-2020-00104-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Página 1 de 13

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no haber proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las ventajas y desventajas de vincularse a PROTECCIÓN S.A. Que, se declare que la actora debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a la administradora privada al traslado de los aportes cotizados junto con sus rendimientos. Así mismo, que se ordene a COLPENSIONES a recibir a la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y una vez cumpla los requisitos de Ley sea pensionada bajo ese régimen, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 25 de marzo de 1964 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde enero de 1988 hasta abril de 1994. Que, se trasladó al RAIS mediante afiliación realizada a Protección S.A. a partir del mes de mayo de 1995 hasta la fecha. Que dicha entidad, no le brindó la información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen ni la forma en que se financiaba la pensión el RAIS. Que la asesora de Protección S.A. al momento de traslado no le elaboró una proyección real de la pensión ni las consecuencias de traslado como la pérdida del régimen de transición. Agregó, que dicha entidad no fue transparente porque no le proporcionó la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias negativas que le traería su traslado de un régimen pensional a otro o porque era mejor su permanencia en el RAIS. Por último, que solicitó a COLPENSIONES el día 24 de febrero de 2020 su afiliación al RPM, a lo cual recibió respuesta con la negativa del traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Folios 01- 21 archivo 26 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las semanas cotizadas al RPM y su petición de retorno encontrándose en la prohibición de los diez años. Adujo, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese incurrido en error (falta de información) por parte de la FP, o de 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 de la actora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 -2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

PROTECCIÓN S.A.³ con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que el acto de traslado es válido y existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de fondo las que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

² . Folios 01-22 archivo 06 del ED.

³ Folios 01-16, archivo 11 del ED.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de agosto del 2023, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por LUCERO MOSQUERA MARÍN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., ordenó a COLPENSIONES autorizar el traslado, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada y ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, primas de seguros previsionales, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y por último se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Además, la documental no tiene el alcance de demostración de consentimiento informado. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4426 del 16 de octubre 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, las cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, gastos de administración indexados y sumas adicionales con sus respectivos intereses, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

Frente a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión, la negó pues la actora deberá acreditar su desafiliación del sistema, para que acuda a COLPENSIONES a solicitar dicha prestación.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES recurrió la integralidad de la sentencia, pues tal decisión afecta el patrimonio de la entidad estatal, pues la actora no puede exonerarse de su obligación de estar informada acerca de las características de cada régimen, siendo su responsabilidad de indagar si el RAIS le convenía o al menos de hacer uso de su derecho al retracto. Además, que la decisión de ineficacia de traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera. Tal como lo ha venido decantando la Jurisprudencia constitucional.

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 Lucero Mosquera Marín al Régimen de ahorro

individual administrado por la administradora PROTECCIÓN S.A.. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo 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 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 ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, 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 (a) 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 **PROTECCIÓN S.A.** el 6 de abril de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1 de mayo del mismo año (**página 38 archivo 05 del 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 las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 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, 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 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, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de **AFP PROTECCIÓN S.A.**, fue abordada por una asesora de manera grupal y no individual, quien le manifestó que el RAIS era más conveniente por cuanto iba a recibir unos mayores rendimientos y por consiguiente una pensión más alta. Adujo, que el asesor le indicó que se podría pensionar antes de tiempo y que dicha pensión haría parte de la herencia. Adujo, que no le explicaron como se financiaba la pensión de vejez ni tampoco las modalidades de pensionarse como renta vitalicia ni retiro programado. Por último, que tampoco le señalaron en la reunión grupal que antes de los 47 años existía una prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse 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, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta para lo que 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, se debe confirmar la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales

y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, véase al respecto la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y la sentencia SL 4992-2021.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la 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 afectadas 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 en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** por no haber prosperado el recurso de apelación interpuesto, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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,

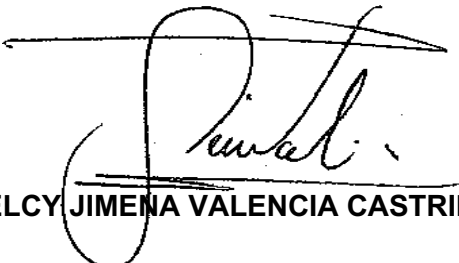
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-001-2020-00641-01
DEMANDANTE:	CARLOS ALBERTO MOSQUERA ORTIZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 18 de agosto de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre dos mil veintitrés (2023), 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, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 18 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ALBERTO MOSQUERA ORTIZ** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-001-2020-00641-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., e igualmente, la afiliación realizada ante la AFP PORVENIR S.A. y que, nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, por lo que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar hacia el RPM administrado por 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 sus aportes, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM, en donde cotizó 602 semanas. Que suscribió formulario de afiliación ante la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 1º de marzo de 2000, además, suscribió formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A. el 21 de noviembre de 2002, resaltando que sus aportes actualmente se encuentran administrados por Protección S.A. Que se trasladó al RAIS por cuanto el asesor de la AFP inicial le indicó que el ISS sería liquidado, por manera que era necesario afiliarse a esta nueva sociedad para continuar haciendo sus aportes, en donde además, aseguraría una mejor pensión, no obstante, no se le explicó de forma clara y comparada las diferencias entre el RPM y el RAIS o las ventajas y desventajas de cada régimen. Que cuando se afilió a Porvenir tampoco recibió ninguna asesoría por parte de dicha AFP. Que ninguna de las AFP demandadas desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS PENSIONES, al Régimen de Ahorro individual. Que elevó solicitud ante las demandadas, requiriendo la nulidad de su afiliación al RAIS y su nueva vinculación a Colpensiones, sin embargo, recibió respuesta negativa por parte de cada entidad.

¹ Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A.²

La demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario de afiliación se observa que el actor se trasladó al RAIS de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, y es por ello que, tal acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como de la parte demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A.³

Mediante auto del 20 de septiembre de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.

COLPENSIONES⁴

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado tuvo lugar por decisión propia del señor Mosquera Ortiz, quien solicitó dicho traslado al suscribir el formulario de afiliación, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de la Ley

² Páginas 1 a 26 Archivo 14 Expediente Digital

³ Archivo 20 Expediente Digital

⁴ Páginas 3 a 23 Archivo 13 y 5 a 8 Archivo 21 del Expediente Digital

797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Adujo que la afiliación realizada por la parte activa goza de plena validez en la actualidad, más aún cuando permaneció en el régimen de capitalización por más de 20 años, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración de sus cotizaciones.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de junio de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante realizado a través de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado del actor al RPM, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; ordenó a Porvenir S.A. y a Protección S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, lo que tiene que ver con la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras demandadas, sin que les sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el convocante; declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; declaró no probadas las excepciones formuladas por las convocadas; no impuso condena en costas.

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 a la parte 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 del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que no existe razón alguna para efectuar la devolución de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, debidamente indexados toda vez que tales sumas, contrario a lo indicado por el Juzgado de Conocimiento no se vieron afectadas por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, porque las AFP aseguran una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, como en el caso sucedió, de manera que no se puede afirmar que medió un detrimento patrimonial en contra del demandante. Agregó que Porvenir S.A. trasladará los rubros anotados de forma íntegra, junto con los rendimientos que se generaron durante la afiliación del actor, generándose una compensación frente a cualquier tipo de detrimento de la moneda con el paso del tiempo, siendo claro que no procede la indexación.

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo que la decisión del A quo conlleva la afectación del patrimonio del administrador del RPM, pues si bien existe un criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que cada caso debe ser analizado de manera particular, y es por ello que, el demandante no puede ser exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de traslado, de conformidad con el Decreto 2241 de 2010, en el que se establecen las obligaciones del demandante en el Sistema General de Pensiones. Dijo que el actor tampoco se encuentra disminuido para celebrar actos y contratos, por manera que fue negligente en su decisión, amén que no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos la afiliación, como lo son el retracto y la rescisión. Señaló que conforme a la sentencia C 242 de 2009 ha de considerarse la sostenibilidad financiera del sistema, que constituye principio constitucional por virtud del artículo 48 de la CP. Advirtió que el eventual pago de la pensión del accionante, se llevaría a cabo sin considerar que este hizo su ahorro de manera individual, sin financiar las pensiones del RPM, a más que ese ahorro no será suficiente para reconocer tal prestación, de suerte que con la declaración de ineficacia de traslado se están vulnerando los principios de solidaridad, equidad y

sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, todo ello teniendo en cuenta la sentencia C1024 de 2004 y SU062 de 2010.

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 CARLOS ALBERTO MOSQUERA ORTIZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (Página 128 archivo 09 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, posteriormente, con PORVENIR S.A. (página 140 Archivo 09 del ED) y, finalmente, con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. (página 28 archivo 14 del 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 la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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 el demandante a **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN 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 el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por la parte demandada, pues el actor fue claro al indicar que cuando iba firmar contrato con la Universidad del Rosario se le acercó una asesora de Colmena, quien le indicó que el ISS sería liquidado y por ende, que le brindaba la posibilidad de afiliarse a dicha AFP. Que procedió a firmar el formulario para trasladarse; además, posteriormente se vinculó a Porvenir, para después afiliarse a Santander, sin embargo, no recibió ninguna asesoría por parte de ninguna de las administradoras en mención (Min. 18:31 a 30:50 archivo 25 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 cobró cada AFP 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 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a cada administradora 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.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los

rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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,

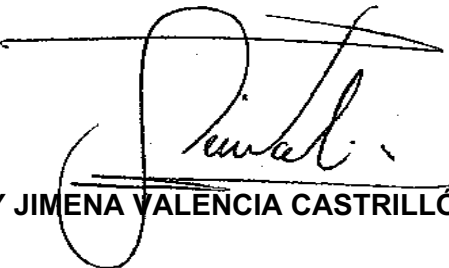
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) 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.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-001-2021-00215-01
DEMANDANTE:	JORGE IVÁN AMYA BORBÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 5 de septiembre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, treinta y uno (31) de octubre dos mil veintitrés (2023), 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, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 5 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE IVÁN AMAYA BORBÓN** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. 11001-31-05-001-2021-00215-01.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., al igual que es válida y se encuentra vigente la afiliación por él realizada al RPM administrado por Colpensiones; como consecuencia de ello, se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos indexados, frutos e intereses, los valores correspondientes a gastos de administración, como aportes o semanas de cotización a Colpensiones; se condene a la AFP Porvenir S.A. a pagar a Colpensiones la diferencia que se pudiere dar entre aportes realizados al RAIS y los que deben acreditarse en el RPM; ordenar a Colpensiones el traslado de sus aportes, provenientes de la AFP Porvenir S.A., y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 25 de febrero de 1.960. Que comenzó su vida laboral a los 18 años de edad, siendo afiliado al ISS hoy Colpensiones el día 12 de enero de 1.978. Que realizó el traslado de régimen pensional con destino a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 9 de julio de 2002, efectuando su primer aporte para el mes de julio de 2002. Que al celebrar dicho acto no recibió por parte de la AFP la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que firmó el formulario de afiliación porque el asesor de la AFP demandada le indicó que tendría un valor de pensión en un monto mayor y que podría pensionarse a una edad inferior a la exigida por el entonces ISS. Que el 22 de enero de 2021, solicitó ante la encartada Colpensiones se dejara sin efectos el traslado realizado al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La demandada PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado del demandante fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría

¹ Páginas 1 a del Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 2 a 26 Archivo 14 Expediente Digital

clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo.

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.

COLPENSIONES³

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado tuvo lugar por decisión propia del cotizante, quien solicitó dicho traslado al suscribir el formulario de afiliación, cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante realizado a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado del actor al RPM, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; ordenó a Porvenir S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, lo que tiene que ver con la prima de seguros

³ Páginas 2 a 27 Archivo 07 del Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a la administradora demandada, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el convocante; declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; declaró no probadas las excepciones formuladas por las convocadas; condenó en costas a ambas 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 a la parte 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 del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que si bien existe un precedente jurisprudencial que sobre la temática planteada ha definido la Corte Suprema de Justicia, no puede dejarse de lado que la misma Corporación ha indicado que este no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos, pues en el caso que nos ocupa, se dio una circunstancia excepcional, cual es la ausencia total del asesor que pudiera cumplir a cabalidad con el deber de información, de suerte que la AFP cumplió con la carga que le correspondía, dado que acreditó que no participó en el acto de traslado del régimen, lo cual se sustenta en la confesión que al respecto ha efectuado el demandante, pues manifestó que fue su empleador quien le entregó el formulario de afiliación y no un asesor de la AFP demandada.

En ese orden, dijo que el caso analizado no se ajusta al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pues ante la ausencia de la demandada en el acto jurídico de traslado no es posible endilgársele

responsabilidad, dado que la falta de información solo se presenta cuando la AFP tiene una participación en el mismo. Añadió que en todo caso, las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual el actor pudo validar en cualquier momento el contenido de la información que le fue otorgada.

Dijo que al margen de lo anterior, la decisión tomada por el extremo pasivo se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas vigentes para la data del traslado. Sobre los rendimientos financieros, señaló que la decisión de declarar la ineficacia alegada, debe generar como consecuencia el traslado de los rendimientos que se debieron generar en Colpensiones y no los que se produjeron en el RAIS, pues no tiene sentido que al predicarse que la afiliación a este régimen nunca existió, se reconozcan al actor gastos en los que se incurrió para administrar los aportes, como la comisión y primas de seguros previsionales.

Señaló que la AFP ha actuado como un agente de oficio involuntario en los términos de los artículos 2304 y 2310 del C.C., en cuanto creyendo administrar su propia actividad, en realidad administró los negocios de otro y termina entregando unos rendimientos superiores a los que hubiere generado Colpensiones, acotando que esta agencia debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, esto es, los rendimientos que se hubieren generado en el RPM. Agregó que no debe restituir sumas que pagó por concepto de seguros previsionales, por cuanto no se encuentran en su poder, sino de la compañía de seguridad que contrató la AFP para la cobertura del pago de sumas adicionales.

Finalmente, solicitó revocar la condena impuesta a título de indexación, toda vez que conforme lo ha definido el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca no hay lugar a la misma, dado que con el traslado de los rendimientos financieros se estaría compensando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; sumó a ello que, al desestimarse la ineficacia del traslado y la devolución de los valores, deberá desestimarse la condena en costas.

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo que la decisión del A quo conlleva la afectación del patrimonio del administrador del RPM, pues si bien existe un criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que cada caso debe ser analizado de manera particular, y es por ello que, el demandante no puede ser exonerado de su deber de ilustrarse

frente a la decisión de traslado, de conformidad con el Decreto 2241 de 2010, en el que se establecen las obligaciones del demandante en el Sistema General de Pensiones. Dijo que el actor tampoco se encuentra disminuido para celebrar actos y contratos, por manera que fue negligente en su decisión, amén que no hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos la afiliación, como lo son el retracto y la rescisión. Señaló que conforme a la sentencia C 242 de 2009 ha de considerarse la sostenibilidad financiera del sistema, que constituye principio constitucional por virtud del artículo 48 de la CP.

Advirtió que el eventual pago de la pensión del accionante, se llevaría a cabo sin considerar que este hizo su ahorro de manera individual, sin financiar las pensiones del RPM, a más que ese ahorro no será suficiente para reconocer tal prestación, de suerte que con la declaración de ineficacia de traslado se están vulnerando los principios de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, todo ello teniendo en cuenta la sentencia C1024 de 2004 y SU062 de 2010.

Sobre la condena en costas dijo que la entidad no intervino en la decisión del traslado que efectuó el hoy convocante del RPM al RAIS y tampoco es la causante de que hoy se declare la ineficacia de traslado, es decir, Colpensiones es un convidado por obligación, que si bien se ha opuesto a las pretensiones, ello lo ha sido con fundamento en las normas jurídicas vigentes, de las cuales no puede apartarse, dada la calidad de la entidad.

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 JORGE IVÁN AMAYA BORBÓN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy 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 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (Página 8 archivo 02 del 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 este 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 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 el demandante a **HORIZONTE** 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 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 el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por la parte demandada, pues fue claro al indicar que se afilió al RAIS cuando ingresó a una empresa ganadera, en donde su empleador le entregó los documentos para hacer la afiliación, los cuales firmó, acotando que no estuvo presente ningún asesor de la AFP (Min. 15:58 a 23:34 archivo 12 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 cobró la AFP durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Lo anterior, no se desdice por la sola afirmación de que la AFP demandada no se encontrara presente a la fecha del traslado a través de su asesor, como así lo reconoció el demandante en su interrogatorio, porque esta omisión no la exonera del cumplimiento del deber legal de información, cuyo acatamiento debió verificar constatando a través del formulario de afiliación, si el afiliado por lo menos estuvo acompañado de un asesor, por manera que no resultan atendibles los argumentos expuestos en la alzada, relativos a que en este caso particular no resulta aplicable el precedente que sobre la temática ha dejado sentada la CSJ.

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 la AFP 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora 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.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. 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 a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en el evento 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 acertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fue vencida en juicio, lo que implica que la entidad 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, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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,

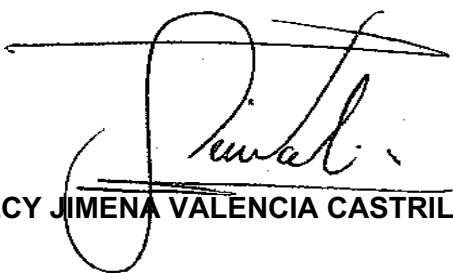
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) 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.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-002-2022-00540-01
DEMANDANTE:	LUIS RICARDO SÁNCHEZ BARRAGÁN
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 23 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Indemnización- Compatibilidad
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 demandada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de la sentencia del 23 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS RICARDO SÁNCHEZ BARRAGÁN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-002-2022-00540-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la norma ídem, o la indexación de las sumas reconocidas aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, el actor manifestó que nació el 10 de noviembre de 1958; que la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de Jubilación mediante Resolución No. 3073 del 9 de mayo del 2014, por los servicios prestados como docente oficial.

Adujo, que por intermedió de su empleador privado realizó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones cotizando un total de 874,57 semanas, que elevó solicitud del reconocimiento de la prestación pretendida el 29 de marzo de 2021, siendo negada mediante Resolución SUB 155965 del 2 de julio del 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, sostuvo que la indemnización sustitutiva de pensión de vejez que se reconoce en el Régimen de prima media con prestación definida es incompatible con la pensión de jubilación reconocida y pagada por el FOMAG. Agregó, que las dos prestaciones cubren el mismo riesgo de vejez, siendo cubierto con la pensión de jubilación. Frente a los hechos aceptó cada uno de ellos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: buena fe de Colpensiones, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y genérica.

¹ Fs. 1-12 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 56-71 Archivo 01 Expediente Digital

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de febrero de 2022, declaró que la pensión de jubilación otorgada por el Magisterio Oficial Colombiano que actualmente percibe el actor es compatible con la Indemnización Sustitutiva de la pensión de vejez solicitada ante Colpensiones. En consecuencia, ordenó a esta última a reconocer y pagar a favor del actor la referida indemnización en cuantía equivalente a \$42.213.629,00 de conformidad con lo estipulado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, mismo que fue reglamentado por el Decreto 1730 del 2001, ordenó la indexación de la anterior suma desde el 29 de marzo de 2021, y hasta el día en que se haga efectivo su pago, y por último la gravó en costas.

Como fundamento de su decisión, inició por señalar los hechos exentos de debate como la edad del demandante, las semanas cotizadas al RPM conforme al reporte de semanas aportado por la pasiva y el reconocimiento de la pensión de jubilación otorgada mediante Resolución No. 3073 del 9 de mayo de 2014, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, a partir del 12 de noviembre del 2013.

Consideró que los docentes estatales vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 como, dijo, es el caso del actor, tienen un régimen especial de pensión, cual es compatible con las prestaciones del sistema general de pensiones. Así, señaló que cuando se presentaba prestación coetánea de servicios como docente estatal y para particulares, era viable acceder a la pensión de vejez o en su defecto la indemnización sustitutiva, con independencia de la pensión de jubilación que se estuviera disfrutando en el sector público como docente, gracias a que cada uno contaba con recursos propios para su financiación. Esto, sin que se pudiera pregonar que se trataba de dos erogaciones del tesoro público, en la medida en que los recursos a partir de los cuales se reconocen las prestaciones del sistema general de pensiones ostentan la calidad de aportes parafiscales, y dichas reservas pensionales no son propiedad de Colpensiones, quien actúa como simple administradora de los mismos. Como soporte de lo anterior citó la sentencia SL 3775 del año 2021.

Frente a la indemnización, citó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1730 del 2001, para señalar que el actor cumple con los requisitos para obtener dicha prestación, pues solo reporta un total 874.57 semanas de las 1300 semanas requeridas y cumplió la edad de 62 años el día 10 de noviembre de 2020. Así mismo, al solicitar la prestación aportó declaración en la que señaló bajo la gravedad de juramento que se encuentra en la imposibilidad de seguir cotizando al sistema.

Por último, en lo concerniente al petitum de intereses moratorios la *A quo*, negó tales réditos pues su teología es frente a la mora en el reconocimiento y pago de mesadas pensionales, y como en este caso no se adeuda mesada alguna absolvió a la a pasiva. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia actual ordenó a la indexación de la suma reconocida.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** impugnó la integralidad de la sentencia, bajo el argumento que es incompatible recibir pensión y tener otra asignación salarial como docentes del sector educativo estatal. Aduce, que conforme a lo estatuido en el artículo 128 de la Constitución Política nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público.

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.

CONSIDERACIONES

Atendiendo a la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, los problemas jurídicos consisten en determinar: **1)** si la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez perseguida por la demandante, es compatible o no con la pensión de jubilación reconocida a los docentes por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. En caso afirmativo, **2)** si es procedente reconocer dicha prestación económica. De ser así, y de cara al grado jurisdiccional de consulta, se estudiará el fenómeno extintivo de la prescripción.

La compatibilidad o no entre ciertas prestaciones de la seguridad social se determina a través de tres conceptos, a saber: 1) el origen de la contingencia o riesgo que ampara – criterio principal-, 2) la existencia de una reglamentación propia, y 3) **la autonomía de la fuente de su financiación**. (Ver sentencia SL 311 de 2019).

Es así, que para el caso específico sobre la compatibilidad entre prestaciones del régimen de seguridad integral en pensiones y la pensión de jubilación que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a los docentes oficiales, se ha indicado que por tener dicha calidad estos últimos y estar excluidos del sistema integral de seguridad social, de conformidad con lo estatuido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, les resulta válido prestar sus servicios a establecimiento educativos oficiales y, en virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial. Al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar así una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en consecuencia, teniendo tal derecho.

Lo anterior, porque es claro que, si los docentes oficiales laboran en establecimientos de orden particular, surge para sus empleadores el deber de cotizar en función de dicha relación laboral. Así, que la prestación a cargo del ISS tiene su origen en dichos aportes, situación distinta a la pensión de jubilación de los docentes oficiales toda vez que el reconocimiento de dicha prestación está

financiado por asignaciones provenientes del tesoro público. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL 2655 de 2018.

De esta manera las cosas, atendiendo los conceptos para determinar la compatibilidad de prestaciones de la seguridad social ya reseñados, dable es concluir que las reconocidas en el sistema general de pensiones, entre estas, la indemnización sustitutiva, se reputa compatibles con la pensión de jubilación que otorga el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, en la medida en que, como se explicó, los docentes públicos gozan de una reglamentación propia y sus prestaciones tienen una fuente de financiación diferente, independientemente de que en apariencia cubran el mismo riesgo. Como a igual conclusión arribó la primera instancia se confirmará en dicho apartado la sentencia apelada.

Superado lo anterior, se determinará si le asiste derecho al demandante, al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que hoy administra Colpensiones. Al respecto, se tiene que el artículo 37 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 797 de 2003 indica: *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”*. De esta manera, para que proceda la prestación en comento es necesario que se acrediten las siguientes situaciones fácticas: **1)** que el afiliado arribe a la edad requerida para la pensión de vejez; **2)** que no haya cotizado el mínimo de semanas previsto para la pensión de vejez, y **3)** que el interesado manifieste su imposibilidad de seguir cotizando. (Ver sentencia SL4583 de 2018).

En atención a lo dicho se descende al caso en escrutinio, encontrándose que, según copia de cédula de ciudadanía vista en el cartapacio digital (pág. 16

archivo 01), el demandante tiene 64, dado que nació el 10 de noviembre de 1958. Reuniendo así la primera exigencia del legislador, al arribar y superar incluso, la edad mínima pensional de 62 años.

La segunda condición también se encuentra superada. En efecto, del histórico laboral del actor, se constata que Luis Ricardo Sánchez Barragán cotizó 874,57 entre el 15 de enero de 1981 y 31 de diciembre de 2010, en instituciones privadas como (Gimnasio Antonio Nariño, Fundación Universitaria los Libertadores, Comunidad Hijas de la Sagrada, Misioneras Nazaret). Cúmulos de semanas, que evidentemente, son insuficientes para el reconocimiento de una pensión de vejez en el RPMD, que según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, demanda actualmente como mínimo, 1.300 septenarios aportadas.

Finalmente, del contenido de los actos administrativos expedidos por Colpensiones, se constata que el accionante, puso de presente su imposibilidad para continuar cotizando en el régimen en la solicitud de indemnización sustitutiva, obteniendo respuesta negativa por parte del ente, a través de las resoluciones No. SUB 155965 del 2 de julio de 2021 y SUB94013 del 1° de abril de 2022. (págs. 117 a 128 del archivo 02 del ED).

Del recuento efectuado, resulta evidente que se reúnen las tres condiciones fácticas para que sea procedente la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez perseguida por el afiliado, como a bien tuvo ultimar la juez de primer grado.

Previo a ello, habrá de advertirse que, en los mismos términos puntualizados en la providencia de primer grado, es claro que el fenómeno extintivo de la prescripción, previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, no opera frente al reclamo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la medida en que la misma tiene naturaleza de derecho pensional, por lo que su reclamo puede agotarse en cualquier tiempo.

Al respecto, vale la pena recordar que aun cuando en tiempo pasado, el órgano cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, sostenía la tesis de aplicación del término general de prescripción de derechos laborales, tal

como se referenció, verbigracia, en las sentencias CSJ SL 26330, 15 mayo 2006, CSJ SL 36526, 23 jul. 2009 y CSJ SL 62366 del 17 de noviembre de 2018. Tal criterio fue morigerado a la postre para revestir de imprescriptibilidad absoluta tal prebenda de la seguridad social bajo el argumento de que “***si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos***”. Así se colige del contenido de la providencia SL 4559 del 23 de octubre de 2019.

En síntesis, al ser compatible la pensión de jubilación de los docentes oficiales reconocida al actor por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez solicitada por aquél, quien, a su vez, acredita los requisitos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se impone el deber de confirmar la decisión de primer grado, porque en tal dirección encaminó la solución del caso.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Las costas en esta instancia correrán a cargo de **COLPENSIONES** por no haber prosperado su recurso de apelación, se ordena incluir como agencias en derecho, una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

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 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada **COLPENSIONES** incluyendo como agencias en derecho una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-003-2020-00213-01
DEMANDANTE:	GRACIELA CORTÉS ARIZA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 02 de agosto de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 las demandadas Colfondos S.A y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 02 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GRACIELA CORTÉS ARIZA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-003-2020-00213-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la actora a PORVENIR S.A., el 17 de julio de 1995 y como consecuencia se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado a las AFP demandadas y se ordene a PORVENIR S.A.S trasladar a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses. También rogó que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la actora a COLFONDOS S.A. el día 01 de enero de 2011, se condene a COLPENSIONES a recibir a la actora como afiliada sin solución de continuidad y a recibir los dineros que traslade la AFP PORVENIR S.A, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 30 de abril de 1964 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. El día 17 de julio de 1995 inducida por la información sobre los beneficios del RAIS, firmó su traslado a la PORVENIR S.A. sin tener conocimiento claro de las consecuencias que conllevaría el cambio de régimen. Que posteriormente se afilió a COLFONDOS S.A. el 01 de enero de 2011 hasta la fecha de presentación de la demanda. Que, las administradoras privadas omitieron en su deber de información acerca de las características de cada régimen, y la consecuencia de su traslado como la pérdida del régimen de transición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de

¹ Folios 1- 11 archivo 01 del ED.

² . Folios 02-24 archivo 12 del ED.

nacimiento de la actora, y las solicitudes de traslado radicadas con su respuesta negativa.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica .

PORVENIR S.A.,³ se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y la fecha de suscripción a la AFP. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **A.F.P. COLFONDOS S. A**⁴. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación efectuada por la demandante es un acto existente, válido exente de vicios del consentimiento y de cualquiera fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de la sentencia del 2 de agosto de 2023, dispuso declarar la ineficacia de traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 17 de julio de 1995, a través de Porvenir S.A., así como la ineficacia de

³ Folios 02-33, archivo 06 del ED.

⁴ Folios 04-19, archivo 11 del ED.

traslado horizontal de fecha 1 de enero del 2011, como consecuencia de ello, condenó a Colpensiones admitir el traslado del actor y a Porvenir S.A. y Protección devolver a la AFP del régimen de prima media la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, estos últimos debidamente indexados y las sumas adicionales. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones a devolver los valores correspondientes a Gastos de Administración, Primas de seguros Previsionales, y el porcentaje destinado para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se descontaron durante el tiempo que la demandante Graciela Cortes Ariza estuvo vinculada a dicho fondo, y gravó en costas a todas las demandadas.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4360 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos, gastos de administración indexados y sumas adicionales, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros mencionados y a afiliarse a la demandante sin solución de continuidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, en lo relativo a la orden de devolución de gastos de administración, manifestó que estos no están destinados al financiamiento de la pensión de vejez sino el 3% está destinado al cobro que realiza la AFP por administrar los aportes de la cuenta de ahorro individual, conforme a la autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por la Ley 193 del 2003,

Agregó, que, si el fin de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, entendiéndose que el contrato de afiliación nunca existió, así mismo sus rendimientos y comisiones de administración no deberían de cobrarse.

COLPENSIONES por su parte, indicó que el traslado que realizó la demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia y que no se observó una omisión en el deber de información en cabeza de Porvenir S.A., aunado que la actora contó con un tiempo suficiente entre la suscribió de formulario de traslado al RAIS y la solicitud de traslado al RPM, dejando clara su intención de permanecer en el RAIS.

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 ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES-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 traslado realizada por GRACIELA CORTÉS ARIZA al Régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. y A.F.P. COLFONDOS S. A, junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo 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 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 ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, 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 (a) 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.** el 17 de julio de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto de 1995 (pág. 20 y f. 34 Archivo 06) y a **COLFONDOS S.A.** el día 16 de diciembre de 2010 con fecha de efectividad a partir del 1 de febrero de 2011, hasta la fecha. **(f. 21 archivo 11), 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 este 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 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, 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 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, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR S. A., fue abordada por unos asesores de forma grupal y luego individual, que la asesora le manifestó que en el RAIS iba a percibir una pensión mayor a la que recibiría al Instituto de Seguro Social y que esta última entidad iba desaparecer por lo que ante esta situación firmó el documento; depuso que la asesoría fue corta sin la información de las características de cada régimen. Adujo, que solamente revisó los datos

personales antes de firmar el respectivo formulario. Que, firmó el documento, pero no siendo de manera libre y voluntaria, pues desconocía lo que esto implicaba y que nunca recibió un extracto pensional y mucho menos solicitud de proyecciones. Frente al traslado horizontal efectuado a A.F.P. COLFONDOS S. A, indicó que un asesor la abordó en la empresa que trabajaba y le presentó el formulario de afiliación, que dicho asesor no le expresó las características del régimen, únicamente del ahorro voluntario y las mejoras de mesadas, tampoco le mencionó acerca de la prohibición de traslado a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse. (conteo de audio 14:26-31:57 archivo 024 del ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse 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, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la 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, se debe trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la 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 afectadas 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).

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S. A.** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo

como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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 02 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-004-2018-00799-01
DEMANDANTE:	FELIX TEODULFO INSUASTIROMO
DEMANDADO:	FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP- COLPENSIONES y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL UAERMV.
ASUNTO:	Apelación de la Sentencia del 1 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	COMPARTIBILIDAD PENSIONAL
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil vientes (2023), 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 del demandante en contra de la sentencia del 1 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FELIX TEODULFO INSUASTIROMO** contra el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, COLPENSIONES LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL UAERMV** con radicado No. **11001-31-05-004-2018-00799-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá (SOP), le reconoció una pensión de jubilación por servicios al Estado. Así mismo, se declare que el extinto ISS hoy Colpensiones le reconoció una pensión de vejez mediante Resolución No. 022876 del 20 de noviembre de 2000, pagadera a partir del 1 de enero de 1997, como consecuencia de lo anterior se condene al FONCEP o a la administradora COLPENSIONES a que le reconozca, liquide y pague al actor la diferencia positiva existente entre el monto de la mesada de la pensión de jubilación que le reconoció la SOP y la mesada de la pensión de vejez que le reconoció el ISS, que se condene al pago de las diferencias adeudadas desde el 13 de julio de 2014, que se indexen las sumas reconocidas junto con el pago de intereses moratorios, todo lo anterior aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, el demandante manifestó que nació el 3 de enero de 1941, que fue empleado de la entidad oficial de la Caja de la Vivienda Popular de Bogotá, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, tal como lo reseña la Resolución del extinto ISS que le reconoció la prestación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones “**FONCEP**” se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el demandante no es pensionado a cargo de la referida entidad, sino por el contrario reconoció un bono pensional para la financiación de su prestación de vejez. Adujo, que se equivoca el actor en señalar que existió compartibilidad pensional pues para la misma se requiere que el empleador jubilante, continúe realizando las respectivas cotizaciones al sistema con el fin de que su trabajador reúna los requisitos de Ley para acceder a la pensión de vejez, lo que implica que el empleador pueda subrogar la prestación y se releve de seguir cubriéndola a menos que exista un mayor valor entre la mesada pensional reconocida por la respectiva Caja o quien haga sus veces o

¹ Archivo 01 Expediente Digital

² Archivo 06 Expediente Digital

una entidad como Colpensiones y la que venía pagando la empresa o la entidad ejecutante.

Propone como excepciones de fondo: incompatibilidad de la pensión convencional con la pensión legal, buena fe, prescripción de la acción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, pago y compensación, pago total de la obligación y cobro de lo no debido, improcedencia de los intereses moratorios pretendidos, y genérica.

La administradora **COLPENSIONES**³ con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, adujo que reconoció pensión de vejez a favor del actor mediante Resolución No. 22876 del 20 de noviembre de 2000, pensión efectiva a partir del 1 de enero de 1997, pagando un retroactivo por la suma de \$26.861.979. Frente a los hechos, indicó que desconoce que el ex empleador hubiere reconoció pensión de jubilación a favor del actor u otra pensión extra legal.

Formuló las excepciones que denominó; inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica.

La extinta **Secretaría de Obras Públicas hoy Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial – UAERM**,⁴ se opuso a la totalidad de prestaciones bajo el argumento que no reconoció al actor suma de dinero por concepto de mesadas pensionales, pues nunca reconoció pensión de jubilación, confundiendo el actor que el denominado pago de anticipos pensionales de carácter convencional, se trataba de una ayuda económica hasta tanto era incluido en nómina de pensionados del ISS. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrito entre el Distrito de Santa Fe de Bogotá y los trabajadores de Secretaría de Obras Públicas correspondiente al año 1996.

Elevó las excepciones de mérito que nombró; falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y genérica.

³ Archivo 01 del Expediente digital.

⁴ Archivo 10 del Expediente digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1 de agosto de 2022, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones en su contra y gravó en costas al demandante.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* inició por establecer si para el caso de marras operar la figura de la compartibilidad y si hay lugar a la liquidación y pago de la diferencia pensional existente entre el monto de la presunta mesada o de la pensión de jubilación. Explicó, que la compartibilidad pensional se encuentra regulada en el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que en su artículo 5 estableció que los patronos inscritos en el ISS que a partir de la publicación del referido Decreto otorga a sus trabajadores pensiones plenas o especiales a través de convenciones, laudos, pactos y voluntariamente continúen cotizando al ISS por los riesgos de vejez, invalidez y muerte hasta cuando los afiliados cumplan los requisitos, tendrán lugar la referida compartibilidad. Estimó, que de acuerdo al dossier probatorio no existe parámetros para establecer la diferencia salarial, por cuanto no existe prueba alguna que acredite que efectivamente el demandante goza de una pensión de jubilación, pues solo existe una certificación que da cuenta de un reconocimiento de anticipo pensional, con base en el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo, que refiere que se trata de un valor transitorio hasta tanto el trabajador sea incluido en nómina de pensionados.

Concluyó, que al actor nunca le fue reconocida una pensión de jubilación sino por el contrario un anticipo transitorio hasta el momento en que fuera incluido en nómina, por tanto no hay prueba que acredite que el actor sea beneficiario de una pensión de jubilación para entrar a determinar un mayor valor entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, además de existir el pago de un bono pensional para financiara la pensión de vejez reconocida por el ISS hoy Colpensiones, por tanto negó las pretensiones de la demanda.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, insiste que hay lugar al reconocimiento de la diferencia

pensional solicitada en aplicación a la figura de compartibilidad y que contrario a lo decidido tiene derecho al pago del retroactivo pensional por las diferencias entre el monto de la mesada de la pensión de jubilación que le reconoció FOPEP y la mesada de la pensión de vejez.

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 resulta procedente el pago del retroactivo pensional deprecado al concluirse que el actor era pensionado de jubilación por parte de su ex empleador y este último subrogó la pensión al Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el art. 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para resolver, se advierte que el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, contempla la compartibilidad de las pensiones legales de jubilación y dispone, que "(...) *Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación,*

pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado".

En ese orden, el resultado de la compartibilidad es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad, al respecto, la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse a la referida figura indicando lo siguiente mediante la sentencia SJ 8755-2014 en la que expuso:

"El efecto de la compartibilidad, es el de permitirle a los empleadores obligados a pagar pensiones de jubilación, liberarse de esta obligación, o al menos, disminuir la cuantía de la prestación, puesto que el ISS, previo el cumplimiento de los requisitos de ley, procede a cubrirlas, siendo de cuenta del empleador solamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por este Instituto y la que venía siendo pagada por aquél.

En el presente caso, la razón acompaña a la parte recurrente, en cuanto que el Tribunal interpretó erróneamente las normas sustantivas que consagran el tema de la compartibilidad pensional, es decir, los artículos 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 del mismo año, que modificó el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, cuando a pesar de referirse al mayor valor entre las dos pensiones, en la parte considerativa de la decisión estimó que la consecuencia era que el empleador debía continuar pagando la diferencia entre las dos prestaciones. Es decir, que sin importar el monto de la una o de la otra, la diferencia entre cada uno de los valores tenía que ser asumida por el empleador.

Sin duda, es claro el error jurídico del Tribunal, ya que olvidó que la teleología de la norma y en general de la figura de la compartibilidad pensional, es que el trabajador no vea afectado su ingreso, es decir que la pensión de vejez no resulte inferior a la pensión de jubilación, puesto que, si ello acontece, corre por cuenta de la empresa esa diferencia, esto es, el mayor valor entre una y otra, generándose así una subrogación parcial por parte de ISS. De ocurrir lo contrario, es decir, si la pensión de vejez a cargo del ISS es superior a la de jubilación convencional, cesa para la empresa la obligación de seguir pagando ésta".

El anterior criterio fue reiterado en la sentencia SL 671-2021, en que la misma Corporación enseñó:

[...] tal normativa, trajo dos efectos el primero frente al trabajador puesto que busca asegurarle al titular que, si el valor de la pensión que le cancelaba directamente el empleador era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de aquella cifra, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, tipo jurídico que se adecua perfectamente al vocablo «compartibilidad».

Un segundo efecto, es frente al empleador, ya que en el evento de no quedar suma alguna a cargo del mismo, por ser la pensión de vejez un rubro superior, responde únicamente la entidad de seguridad social, en virtud de la subrogación impuesta legalmente a ella, momento a partir del cual queda exonerado de la obligación el empresario. (CSJ SL 62551 2016.).

Entonces, la compartibilidad pensional genera un doble efecto: (i) beneficia directamente al empleador en la medida en que, como se ha explicado, puede subrogarse total o parcialmente de la obligación pensional a su cargo, y (ii) constituye una garantía frente al pensionado por cuanto el valor de la prestación, así como el número de mesadas reconocidas no puede verse alterado, de manera tal que, si la pensión primigenia presenta diferencia con la reconocida por el ISS, por ser esta inferior al valor otorgado, aquel no logra liberarse en forma total y, en consecuencia, debe asumir el mayor valor resultante”.

Ahora bien, conforme a lo narrado en precedencia, se tiene que esta figura tiene como finalidad la **subrogación total o parcial de la pensión que estaba a cargo del empleador**, para cuando el trabajador reúna los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, ésta pueda ser asumida por la entidad de la seguridad social sin desmejorar dicha prestación, es decir, (i) **beneficia al empleador en la medida en que, puede subrogarse total o parcialmente de la obligación pensional a su cargo**, y (ii) constituye una garantía frente al pensionado al no alterarse el valor de la prestación, es decir, si la pensión primigenia presenta diferencia con la reconocida por el ente de seguridad social, por ser esta inferior al valor otorgado, aquel no logra liberarse en forma total y en consecuencia, debe asumir el mayor valor resultante, y (iii) a recibir la misma cantidad de mesadas inicialmente reconocidas.

En efecto, tal como lo determinó el *A quo*, no hay lugar a la pretendida condena por diferencias que se causen entre la pensión primigenia y la legal, por la sencilla razón que de acuerdo al dossier probatorio recaudado se evidenció

que el actor no venía recibiendo una pensión de jubilación a cargo de su empleador, veamos:

En sub examine; según el certificado de fecha 8 de marzo de 2001 y aportado por la Secretaría de Obras Públicas hoy Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial obrante en la página 16 del archivo 10 del cartapacio digital, en la que constata que Félix Teodulfo Insuasti Romo durante el periodo de enero a 1997 a noviembre del año 2000 recibió el beneficio convencional denominado anticipo pensional, y que de acuerdo al artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo⁵ suscrita entre el Sindicato de Trabajadores de la Secretaria de Obras Públicas D.C. y Santa Fe de Bogotá Distrito Capital, se trata de un **pago transitorio** a los trabajadores oficiales al servicio de la Secretaría de Obras Públicas por el valor correspondiente por pensión de vejez, sobrevivientes, invalidez o enfermedad, **hasta tanto la entidad correspondiente incorpore en su nómina al trabajador.**

Así mismo, se advierte que mediante Resolución No. 002676 del 20 de noviembre de 2000, el extinto ISS hoy Colpensiones reconoció pensión de vejez a partir del 1° de enero de 1997 de acuerdo a las previsiones de la Ley 33 de 1985 en aplicación del régimen de transición contentivo en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En el mismo Acto administrativo se evidenció que para la liquidación de la prestación de vejez procedió el Bono Pensional Tipo B liquidado y pagado por su ex empleador Secretaría de Obras Públicas.

En **síntesis**: con fundamento a lo antes señalado no le asiste razón al demandante, al indicar que tiene derecho al pago del retroactivo pensional por diferencias adeudadas a cargo del ex empleador, pues como quedó demostrado el actor recibía un beneficio convencional transitorio que no se puede confundir con una pensión de jubilación de origen convencional o extra legal. Aunado a lo anterior, de la misma Resolución proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones que reconoció la prestación legal se evidenció que la ex patronal liquidó y pago un bono pensional tipo B, para la financiación de la pensión de vejez.

⁵ (Páginas de 24 a 46 archivo 010 del ED).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Las costas en esta instancia correrán a cargo del demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, se ordena incluir como agencias en derecho, una suma de equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

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;

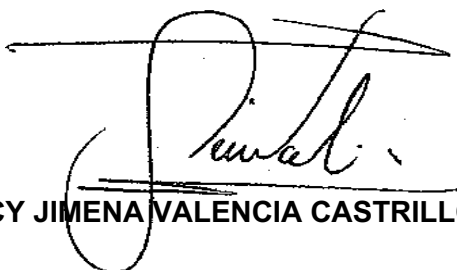
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 1 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo del **DEMANDANTE** incluyendo como agencias en derecho una suma de equivalente a medio SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-004-2022-00389-01
DEMANDANTE:	ELIZABETH CRISTINA FLÓREZ ORDÓÑEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 21 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIZABETH CRISTINA FLÓREZ ORDÓÑEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-004-2022-00389-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS, así como que siempre ha permanecido afiliada en el RPM en cabeza de Colpensiones; como consecuencia de ello, se ordene el traslado de sus aportes realizados en el RAIS, junto con los rendimientos financieros, frutos, intereses y bono pensional, si a ello hubiere lugar; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de julio de 1.973. Que cotizó en el RPM hasta el 15 de julio de 1.998. Que el 25 de agosto de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., decisión que no fue informada, autónoma y consciente, en tanto que no se le brindó una información completa, integral, veraz y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional. Que el valor de la mesada pensional en el RPM resultaría superior al que le sería reconocido en el RAIS, conforme a proyección pensional realizada. Que solicitó a las demandadas la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, sin embargo, únicamente emitió respuesta la AFP Protección en sentido desfavorable a sus intereses.

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 afiliación fue válida, de manera libre, voluntaria sin presión alguna, además, todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas al cumplimiento del

¹ Páginas 88 a 103 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 2 a 21 Archivo 08 del expediente digital.

principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005 que buscan proteger tal principio.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis*, 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el RAIS y la innominada.

PROTECCIÓN S.A.³

La demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues del formulario de afiliación se observa que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, y es por ello que, tal acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo, como de la parte demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad

³ Páginas 3 a 24 archivo 09 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

y/o ineficacia de afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 25 de agosto de 1998, al igual que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó del RPM y siempre permaneció en el mismo; condenó a dicha AFP a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el período en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a Colpensiones que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Protección.

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 demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP codemandada, en atención a que la actora contaba con los medios y capacidades para comprender el negocio jurídico que estaba celebrando, además, no puede ser considerada como un parte débil, toda vez que tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera. Dijo que todas las actuaciones desplegadas por Colpensiones se encuentran permeadas por la buena fe y la negativa de recibir a la demandante se basa únicamente en el cumplimiento del deber legal consagrado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues no puede reconocer derechos por mera liberalidad, puesto que el artículo 346 de la CP, así lo señala. Dijo que la ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y afecta a los demás afiliados, como quiera que la actora está próxima a pensionarse, viéndose beneficiada con los aportes realizados por los afiliados que siempre han permanecido en el RPM.

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 ELIZABETH CRISTINA FLÓREZ ORDÓÑEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 a la afiliada 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 **PROTECCIÓN 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 la afiliada, 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 **PROTECCIÓN S.A.** (página 14 archivo 01 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 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 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 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 a **PROTECCIÓN 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 AFP demandada, pues la actora fue clara al manifestar que cuando trabajaba en el Colegio en Campo Verde, le dijeron que el Seguro Social se “iba a acabar”, que hicieron una reunión en la que estaba presente el asesor de la AFP y decidió trasladarse como todos los trabajadores que estaban allí presentes. Dijo que no le explicaron nada sobre el valor del capital que necesita para financiar la pensión de vejez, tampoco el monto de la cotización que debía efectuar, ni el tiempo durante el cual debía realizar esos aportes, menos aún le explicaron las condiciones para acceder a la garantía de pensión mínima, como tampoco le hablaron sobre la devolución de saldos (Min. 07:32 – 21:15 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 promotora de la acción 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 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 la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por

el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto 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 la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-005-2021-00638-01
DEMANDANTE:	JUAN CARLOS CALLEJAS PINZÓN.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 19 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA.

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (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 por 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 19 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JUAN CARLOS CALLEJAS PINZÓN** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-005-2021-00638-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y los traslados horizontales siendo la última administradora PROTECCIÓN S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PROTECCIÓN S.A. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que nació el 24 de junio de 1964 y se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 01 de junio de 1984 hasta el 01 de enero de 1992, cotizando un total 364 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Que en la última data se trasladó a Horizonte Hoy PORVENIR S.A., afiliación que se dio con omisión del deber de información, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que posteriormente realizó traslados horizontales a Colfondos S.A. y Protección S.A. siendo la última administradora a la que se encuentra afiliado desde el año 2015. Que elevó petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que el actor pretende desconocer su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., el día 22 de abril de 1996, mediante

¹ Fs. 1-14 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-35 Archivo 006 Expediente Digital

formulario N°703460, luego mudó a la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1999 y finalmente se vinculó a la AFP PROTECCIÓN S.A., en el año 2016. Adujo, que la vinculación efectuada a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. fue libre e informada, luego de que el actor recibiera información de manera, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentó que el traslado inicialmente a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. se dio de manera a libre y voluntario al igual que a los traslados horizontales realizados con posterioridad entre fondos privados, razón por la cual dicho contratos de afiliación son plenamente válidos y , no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia y su representada no tuvo injerencia en dicha decisión., el dicho debe ser debidamente demostrado, conforme el artículo 167 del C.G.P.

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, 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2001, y la genérica.

COLFONDOS S.A.⁴

La AFP del RAIS, presentó frontal oposición a las pretensiones, bajo el argumento de que Horizonte hoy PORVENIR S.A. informó de manera adecuada y completa al demandante, con anterioridad a su vinculación a COLFONDOS

³ Fs. 2-35 Archivo 05 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-25 Archivo 07 Expediente Digital

S.A., acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS, sin que el actor especificará en que consistió la acción fraudulenta de esta administradora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 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.

PROTECCIÓN S.A.⁵

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y adujo que la afiliación es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizado. Que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, 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. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

⁵ Fs. 2-22 Archivo 008 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 19 de julio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de PORVENIR S.A, en consecuencia, ordenó a Protección S.A. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la actora procediendo a actualizar su historia laboral. Absolvió a Colfondos S.A. de todas las pretensiones y gravó en costas únicamente a Protección S.A.

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 a la parte 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 **COLPENSIONES**, inconforme con la totalidad de la sentencia, señaló que al demandante se le brindó suficiente información acerca del RAIS y las consecuencias de su traslado. Adujo, que dentro del proceso no se demostró la falta de información por parte de la administradora de fondo de pensiones, sino por el contrario la verdadera razón de traslado es el descontento del actor con el valor de su mesada pensional, lo cual no se puede reputar como una falta al deber de información. Indicó, que existió una ratificación de permanencia en el RAIS al estar afiliado por más de veinte años.

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 JUAN CARLOS CALLEJAS PINZÓN 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.**, ni tampoco **COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN 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, la solicitud de vinculación a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** de fecha 22 de abril de 1996 con fecha de efectividad a partir del 1 de junio de 1996, luego se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 9 de agosto de 1999 con fecha de efectividad del 1 de octubre del mismo año, y por último se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** el 26 de noviembre de 2015 con fecha de efectividad del 1 de enero de 2016 hasta la fecha. (pág. 37 Archivo 08 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 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, 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 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 no les asiste razón a las administradoras en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 el demandante fue claro en indicar que, para el año 1996, laboraba como gerente de una empresa y en el Departamento de Recursos Humanos convocaron una reunión a todos los trabajadores para recibir información acerca de los fondos de pensiones privados. Que en la referida reunión asistió Horizonte hoy Porvenir S.A. a través de un asesor quien solamente se limitó a señalar que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y podía quedar en el riesgo el futuro pensional de las personas que permanecían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Agregó,

que no le explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni como financiaba la pensión y que la misma dependía de múltiples factores adicionales de edad y tiempo. (archivo de audio y video 018 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración_ que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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, atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la administradora del RPM y para no afectar patrimonialmente dicha entidad donde el garante es el Estado, se debe adicionar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses sino también los valores descontados por gastos de administración, valores descontados por concepto de

seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la 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 afectadas 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** en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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,

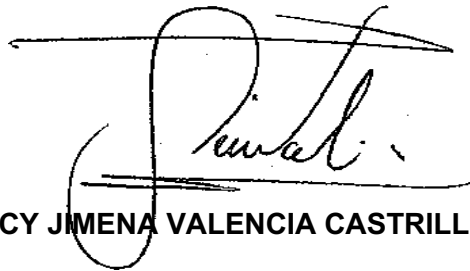
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia del 19 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-006-2020-00187-01
DEMANDANTE:	LENIN BLADIMIR MANCERA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 16 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de 2023 dos mil veintitrés (2023), 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 el DEMANDANTE frente a la sentencia del 16 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LENIN BLADIMIR MANCERA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-006-2020-00187-01**.

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

DEMANDA¹

¹ Páginas 3 a 6 del Archivo 01 del ED.

El promotor de la acción pretende se condene a la convocada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 13 de septiembre de 2019, en cuantía inicial de 1 SMLMV debidamente indexado, junto con sus incrementos legales, el retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor ALEXANDER ROJAS BERMÚDEZ (QEPD), fue pensionado por invalidez por COLPENSIONES. Que convivió con el pensionado en referencia de manera ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, prodigándose amor y ayuda mutua, desde el 26 de febrero de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2019, fecha en la cual aquel falleció. Que es un paciente de VIH, enfermedad que adquirió al lado de su compañero ALEXANDER ROJAS BERMÚDEZ (QEPD). Que los señores JORGE ALEXANDER BELTRÁN QUIROGA y EDUARDO BOGOTÁ ROMERO manifiestan conocer de trato, vista y comunicación que el causante siempre convivió con él, entre el 26 de febrero de 2014 y el 12 de septiembre de 2019. Que el 26 de noviembre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes ante la demandada, la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 2716 del 8 de enero de 2020.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, manifestó su oposición a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que la entidad realizó investigación administrativa en la que no se demostró por parte del demandante la convivencia permanente durante los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante, como requisito *sine quo non* para ser beneficiario de la prestación reclamada.

Propuso como medios exceptivos de mérito los denominados prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y la innominada o genérica².

² Páginas 2 a 11 del Archivo 04 del ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (6º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de junio de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la falladora de primer grado señaló que si bien de lo probado en el expediente surge que entre el demandante y el causante existió una relación de pareja, no se encuentra acreditado de manera fehaciente que la convivencia se hubiera desarrollado al menos durante un período de 5 años anteriores a la muerte del causante, de manera real, efectiva y estable con vocación de conformar una familia permanente, pues obran declaraciones extra juicio de Jorge Alexander Beltrán Quiroga y Eduardo Bogotá Romero en las que estos indicaron que esa convivencia tuvo lugar entre el 26 de febrero de 2014 y el 12 de septiembre de 2019, sin embargo, dichas personas al declarar en el presente proceso no dieron cuenta exacta de esa temporalidad, toda vez que refirieron que el causante y el actor se trasladaron a Villavicencio en el año 2018 y después regresaron a Bogotá, acotando que no visitaron a la pareja en aquel municipio.

Añadió que con la historia clínica del actor de fecha 24 de septiembre de 2019, una semana después de fallecido el *de cujus*, se constata que el convocante inició su orientación sexual a la edad de 16 años, dando cuenta de 99 parejas y la existencia de una pareja cuando ya había fallecido el causante, por lo que se desvirtúa la existencia de una relación estable con vocación de permanencia, que tampoco se puede tener por demostrada con la afiliación del convocante como su beneficiario en salud o con el material fotográfico adosado al expediente, conforme así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, argumentando en síntesis que, conforme a las declaraciones extra juicio allegadas al proceso, el actor y el causante tuvieron una relación de

convivencia por el período de 5 años, aunado a que los testimonios recaudados son contundentes en precisar que la pareja sí tuvo esa convivencia por el lapso anotado de manera ininterrumpida.

Precisó que conforme al dicho del testigo Jorge Alexander Beltrán el actor y su compañero fallecido convivieron en su inmueble cuando el señor Lenin Bladimir Mancera tenía 14 años de edad, que además, este fue presentado como pareja del causante, lo cual le consta porque dentro de la comunidad LGBTI era muy conocida esa relación; sumó a ello que, el testigo también fue claro en referir que la pareja en mención posteriormente se trasladó al inmueble de la progenitora del declarante, lo cual no se encuentra controvertido ni desvirtuado dentro del proceso.

Agregó que al testigo Jorge Alexander Beltrán también le consta que la pareja se trasladó a Villavicencio, y si bien, no los visitó en su casa de habitación, el hijo del declarante estuvo de vacaciones en la residencia de la pareja, lo cual no fue tenido en cuenta por la falladora de primer grado.

Dijo que el causante afilió al demandante al Sistema de Seguridad Social en Salud a partir de los 18 años, porque según la declaración rendida por el señor Lenin Mancera, ello no fue posible mientras fue menor de edad.

Añadió que el testigo Eduardo Bogotá Romero también fue muy contundente en su declaración al decir que conoció al causante, quien le presentó al señor Lenin Mancera como su compañero, constándole la convivencia desde que el demandante tenía 14 años; además, también le consta que convivieron en diferentes lugares, porque ello era de conocimiento de la comunidad, resaltando que el causante era el encargado de la manutención del señor Lenin Mancera y que la relación perduró hasta la fecha de fallecimiento del *de cujus*.

En ese orden, solicitó la revocatoria de la decisión opugnada, puesto que en el expediente se encuentra demostrada la convivencia requerida por la ley aplicable, la cual también se puede corroborar con la documental que soporta la afiliación del actor como beneficiario del causante en el sistema de salud y los reportes fotográficos.

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, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* determinar si el señor LENIN BLADIMIR MANCERA tiene derecho a la pensión de sobrevivientes que reclama con ocasión al fallecimiento de origen común de su compañero ALEXANDER ROJAS BERMÚDEZ (Q.E.P.D.).

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que al señor Alexander Rojas Bermúdez (Q.E.P.D.) le fue reconocida pensión de invalidez por parte de la demandada mediante Resolución SUB 71662 del 22 de mayo de 2017, desde el 1º de junio de 2017, en cuantía inicial de \$737.717 (páginas 10 a 15 Archivo 01 del ED); **2.** Que el señor Alexander Rojas Bermúdez (Q.E.P.D.), falleció el 12 de septiembre de 2019, según se desprende del registro civil de defunción³; **3.** Que el demandante presentó reclamación de la pensión de sobrevivientes el 26 de noviembre de 2019, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 2716 del 8 de enero de 2020⁴.

Como punto de partida, se tiene que la norma aplicable para dilucidar el presente conflicto es la vigente al momento de la muerte del pensionado, que como ya se anotó, ocurrió el 12 de septiembre de 2019, calenda para la

³ Página 8 Archivo 01 del ED.

⁴ Páginas 18 a 21 Archivo 01 del ED.

cual estaban vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, respectivamente. El primer precepto normativo en referencia dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común cuando fallezca.

En el presente asunto, se tiene que no existe duda frente a que el causante tenía la calidad de pensionado por invalidez a la data de su fallecimiento, pues así se desprende de la Resolución SUB 71662 del 22 de mayo de 2017 (páginas 10 a 15 Archivo 01 del ED).

Ahora, el segundo precepto normativo referido anteriormente, esto es, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispone que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el cónyuge o el compañero permanente del causante, siempre y cuando acrediten más de 30 años a la data del fallecimiento y que hicieron vida marital con este hasta su muerte, habiendo convivido no menos de 5 años con anterioridad al deceso. Asimismo, tendrá derecho en forma temporal el cónyuge o el compañero permanente supérstite, siempre y cuando a la fecha de fallecimiento sea menor a 30 años, e igualmente, acredite el mismo tiempo de convivencia, puesto que la circunstancia de la edad del interesado sólo es una circunstancia que influye en la naturaleza permanente o temporal de la prestación, más no suple el hecho de la convivencia real y efectiva en el lapso establecido en la ley.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a resolver el caso puesto a su consideración, para lo cual se impone indicar en primer lugar que el demandante a la data del fallecimiento del causante contaba con 19 años de edad, ya que nació el 14 de enero de 2000, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 16 del archivo 01 del expediente digital.

Ahora bien, sobre el requisito mínimo de convivencia exigido por la ley que regenta el caso, sea lo primero indicar que, como el actor afirma que consolidó una unión marital de hecho con el *de cujus* desde el 26 de febrero de 2014, cuando contaba con 14 años, resulta pertinente advertir que según la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria en sentencia SC3535-2021, los menores adultos se encuentran

habilitados por la legislación para conformar uniones maritales de hecho, sin el previo consentimiento de sus padres.

En ese orden, procede la Sala de Decisión a verificar el material probatorio aportado a las diligencias, en aras de verificar una convivencia entre el actor y el causante dentro de los últimos 5 años anteriores a la muerte de este último, para lo cual se tienen en primer lugar las declaraciones extra juicio de los señores Jorge Alexander Beltrán Quiroga y Eduardo Bogotá Romero, quienes al unísono indicaron que conocieron en vida al señor Alexander Rojas Bermúdez (QEPD), por 17 y 15 años, respectivamente, afirmando igualmente que les consta que el causante convivió en unión marital de hecho con Lenin Mancera desde el 26 de febrero de 2014 hasta la fecha del deceso, que lo fue el 12 de septiembre de 2019 (páginas 26 a 31 Archivo 01 del ED).

Asimismo, se observa que los declarantes en referencia comparecieron al proceso en calidad de testigos para dar cuenta de una manera más amplia del conocimiento que tienen de la relación de convivencia que existió entre el demandante y el pensionado fallecido. Así, nótese que el señor Jorge Alexander Beltrán Quiroga afirmó que conoció al causante desde el año 2002, quien residió con el actor en un apartamento de su propiedad en calidad de arrendatario, ubicado en el Municipio de Soacha entre mediados de febrero de 2014 y el año 2016, pues en esta última data se procedió a la venta del inmueble; que en el año 2017 la pareja se trasladó para el apartamento de su progenitora y luego, en el año 2018, se fueron a residir a la ciudad de Villavicencio, desde donde tuvieron contacto por celular ; que finalmente, la pareja en el año 2019 retornó a la ciudad de Bogotá, ubicándose en el barrio María Paz. También precisó el testigo que el causante y el demandante eran una pareja sentimental, lo cual le consta por la amistad, y por la comunicación que tuvieron por llamadas cuando residían en Villavicencio, además que su hijo los visitó en vacaciones (Min. 0:20 -10:09 del Archivo 10 del ED).

Por su parte, el señor Eduardo Bogotá Romero afirmó que conoció la relación de convivencia que sostuvieron el señor Lenin Mancera, porque visitaba a su amigo Alexander Rojas (QEPD), a quien conocía desde el año 2004; que la relación de pareja tuvo lugar en diferentes ubicaciones y perduró hasta la data del deceso; agregó que residieron en otra ciudad y luego regresaron a Bogotá, que era miembros de la comunicada LGTBI y esa vida

en común era evidenciada por ellos sin ningún problema (Min. 0:15 – 10:24 del Archivo 11 del ED).

De las declaraciones anteriormente referenciadas, se tiene que tal y como lo indicó el Juzgado de Conocimiento, las mismas no tienen la virtud de acreditar la convivencia del causante y el demandante por el lapso afirmado en la demanda, esto es, del 26 de febrero de 2014 al 12 de septiembre de 2019 o por lo menos por el período de 5 años, pues aunque los declarantes dan fe que la mayor parte del tiempo de convivencia fueron testigos presenciales de la relación, lo cierto es que ellos mismos reconocen que la pareja se trasladó en el año 2018 para Villavicencio, sin que dieran cuenta de visitas durante su estadía en dicha ciudad, siendo claro que todo lo que les consta sobre esa convivencia durante esa data, lo fue por lo que el demandante, el pensionado fallecido y el hijo de uno de los testigos les comentaron, más no por la percepción directa de los declarantes, quienes por tanto en ese período simplemente fueron testigos de oídas.

En ese orden, las declaraciones aludidas no ofrecen certeza a la Sala sobre el tiempo de convivencia mínimo requerido para acceder a la pensión reclamada, lo cual no se subsana con las demás pruebas obrantes en el proceso, pues, por el contrario, existen documentales que ofrecen serias dudas sobre la duración de esa vida en común.

Así, nótese que en el expediente administrativo allegado por la encartada (Carpeta 1.1 el ED), obra informe técnico de investigación finalizado el 20 de diciembre de 2019, en el que el propio demandante afirmó que convivió con el señor Alexander Rojas Bermúdez (QEPD) desde el 26 de febrero de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2019, fecha del fallecimiento, acotando además que existió una separación de un mes en el año 2019.

Aunado a ello, obra reporte de consulta externa por psiquiatría del demandante, de fecha 24 de septiembre de 2019, sobre la cual ha de resaltar la Sala que no comparte la valoración efectuada por el Juzgado de Conocimiento, porque si bien de su contenido se advierte que en la entrevista el señor Lenin Mancera hizo mención a un número de parejas, lo cierto es que ese dato no desvirtúa la convivencia con el causante, porque en ningún momento se refirió a ellas como parejas sentimentales; no obstante, de dicha

documental sí debe rescatarse que siendo llevada a cabo la consulta médica 12 días después de fallecido el señor Alexander Rojas Bermúdez, se le preguntó al actor “pareja actual”, respondiendo este “sí”, lo que denota que poco tiempo después del deceso del causante ya contaba con otra pareja, circunstancia que como se indicó, genera en el Colegiado más dudas sobre el tiempo de convivencia que existió entre el señor Lenin Mancera y el pensionado fallecido, sobre todo durante sus últimos meses de vida (páginas 39 a 41 Archivo 01 del ED).

Ahora bien, el hecho de que exista una afiliación del actor al sistema de salud como beneficiario del causante desde el 28 de agosto de 2018 (página 22 Archivo 01 del ED), por sí solo permite tener por acreditada la convivencia por el lapso de 5 años, pues esa circunstancia es un mero indicio de la existencia de una vida en común, pero no permite evidenciar la duración de la misma, lo cual también sucede con las fotografías allegadas al proceso.

Así, diáfano resulta concluir que de ningún medio de convicción emana el cumplimiento del requisito *sine quo non* para que el actor fuere beneficiario de la pensión de sobrevivientes que reclama, al no demostrar de manera clara y cierta 5 años de convivencia con el pensionado fallecido anteriores a su muerte, por lo que no queda otro camino que confirmar la sentencia opugnada sobre este aspecto.

Costas en esta instancia a cargo del demandante, por no prosperar su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV a la fecha de pago.

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,

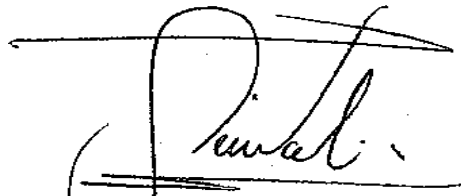
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto (6º) 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 la suma de 1/2 SMLMV a la fecha de pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDON LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

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:	11001-31-05-007-2019-00706-01
DEMANDANTE:	JOSÉ ORLANDO ROMERO PÉREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 25 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 Colfondos S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ ORLANDO ROMERO PÉREZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. **11001-31-05-007-2019-00706-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia o nulidad del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., por omisión en el deber de información y por vicios del consentimiento; como consecuencia de ello, se ordene su traslado y afiliación al RPM a cargo de Colpensiones, a quien a su vez se le debe ordenar que reciba sus aportes pensionales efectuados en el RAIS; ordenar a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes o ahorros por él realizados a su cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración deducidos y demás sumas de dinero recaudadas desde el momento de su vinculación hasta la fecha en que se materialice el traslado de sus aportes; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de septiembre de 1.959. Que el 16 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, sin que se le informaran las ventajas de dicho cambio, ni las condiciones en que le sería reconocido su derecho pensional en el nuevo régimen, resaltando que el argumento de la AFP para motivarlo a celebrar tal acto jurídico, consistió en que el entonces ISS se extinguiría. Que solicitó ante Colpensiones le fuera aceptado su traslado a dicha entidad, sin embargo recibió respuesta negativa. Que solicitó a Colfondos S.A. la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, empero, ello le fue negado por la mentada administradora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

¹ Páginas 5 a 18 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 48 a 74 Archivo 01 del expediente digital.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir 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 actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para que proceda el traslado en cualquier tiempo.

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.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.³

Mediante Auto del 4 de octubre de 2021, el Juzgado de Conocimiento, tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó

³ Archivo 03 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

el demandante a la AFP COLFONDOS S.A. el 16 de agosto de 1995; condenó a dicha AFP a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones, así como todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de 30 días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debiendo presentar un informe al Juzgado debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria; ordenar a Colpensiones a recibir al actor sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a ambas.

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 hecho 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.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que en el expediente no obra prueba alguna de la

conurrencia de un vicio del consentimiento previsto en el artículo 1.740 del C.C., como lo es el error, la fuerza o el dolo; además, la discusión se relaciona con un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre el acto jurídico de traslado efectuado por el convocante. Añadió que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., por cuanto la CSJ radica la responsabilidad exclusivamente en el fondo privado, al imponerle toda la carga probatoria y no le exige al afiliado allegar soporte que demuestre algún vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, lo cual quiebra la lógica de las cargas procesales.

Señaló que conforme al artículo 4º del Decreto 2241 de 2010, el afiliado debe informarse adecuadamente sobre las condiciones generales del sistema de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema pensional, como deber mínimo de sus afiliados, sin embargo, la parte activa sobre ello no asumió ninguna acción tendiente a acatarlo, lo cual se prolongó durante el tiempo de toda su afiliación, por manera que la decisión del demandante fue consciente y con intención de permanecer en el RAIS.

Dijo que conforme a la sentencia del 30 de julio de 2020, proferida dentro del radicado 2018 445, M.P. David Correa Esther, existe una prohibición legal que impide a los demandantes pretender una nulidad de traslado, después de observar que su pensión no se ajusta a sus aspiraciones económicas, por lo que el afiliado debe someterse al sistema tal como lo admitió al momento de la firma del formulario de afiliación. Sumó a ello que, en la actualidad las decisiones tomadas en este tipo de procesos por la jurisdicción ordinaria laboral, trasgrede directamente el principio de sostenibilidad financiera del sistema previsto en el artículo 48 de la C.P. modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005, acotando que sobre este principio en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional ha indicado que en materia de traslados nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, pues ello descapitalizaría el RPM, afectando los derechos fundamentales de estos, máxime que el ahorro del actor fue

realizado de manera individual, sin ayudar a financiar las demás pensiones del mentado régimen.

Sobre la condena en costas, indicó que conforme al inciso 4º del artículo 48 de la C.P. no se pueden destinar los recursos de Colpensiones a fines distintos al pago de pensiones, por lo que tal condena sería contraria a ese mandato constitucional.

La demandada **COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo como argumentos que los asesores de la AFP brindaron una asesoría completa al demandante respecto 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. Dijo que no es procedente la devolución de gastos de administración, descuentos por seguros previsionales y garantía de pensión mínima, pues le corresponde al asegurador restituir las primas percibidas, por efecto de la ineficacia que afecta el contrato de seguro, aunado a que la AFP en virtud de la ley solo está llamada a responder con su propio patrimonio por la mora en el pago de la prima, lo cual no ocurre en el presente caso. Advirtió además, que los gastos de administración tienen por finalidad retribuir la gestión realizada por la administradora de fondos de pensiones, de suerte que no corresponde al afiliado, menos aun cuando han sido previstos en la ley a favor de la entidad de previsión social, tanto en el RAIS como en el RPM, generándose un enriquecimiento sin causa con la orden de devolución. Concluye solicitando se absuelva de las costas de primer grado, por cuanto la sociedad ha actuado 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 JOSÉ ORLANDO ROMERO PÉREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluidas las costas procesales.

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 a la afiliada 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 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 **COLFONDOS S.A.** (página 4 archivo 16 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 este 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **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 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 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 el actor fue claro al manifestar que cuando trabajaba para la Corporación de Ahorro y Vivienda, un compañero de trabajo, quien era su jefe inmediato, le pasó el formulario de afiliación de Colfondos para que lo suscribiera, acotando que no recibió ningún tipo de información o explicación a efectos de llevar a cabo el traslado de régimen pensional, pues no estaba presente ningún asesor de la AFP (Min. 04:35 – 14:36 archivo de audio y video 12 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 el promotor de la acción 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 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 la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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, Colpensiones y Colfondos manifiestan en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. 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 a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en el evento 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 acertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio; en igual sentido, aunque a Colfondos S.A. se le tuvo por no contestada la demanda, es claro que la decisión le fue totalmente adversa, lo que implica que ambas entidades asuman la carga económica antes aludida.

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

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,

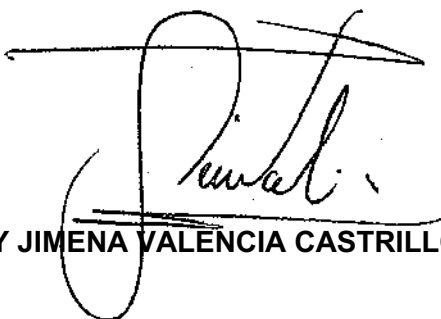
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de mayo 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-007-2021-00124-01
DEMANDANTE:	MARTHA JEANNETH GONZÁLEZ GUTIÉRREZ.
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 6 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (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 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 julio de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA JEANNETH GONZÁLEZ GUTIÉRREZ** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-007-2021-00124-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS

¹ Fs. 1-8 Archivo 001 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

administrado por PROTECCIÓN S.A ante el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, la demandante indicó que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 53 años de edad, y que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES. Que luego de estar afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se trasladó a PROTECCIÓN S.A. sin estar debidamente informada acerca de las características de cada régimen en especial de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que antes, durante y después del traslado de régimen pensional ninguno de los asesores les brindó la información, pertinente, veraz y oportuna para tomar la decisión de trasladarse nuevamente, deber que tienen los fondos de pensiones. Adujo, que no le informó tampoco sobre las modalidades pensionales al interior del RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la demandante solicitó traslado horizontal con PORVENIR el 30 de junio de 2002, esto luego de una asesoría clara, pertinente y veraz, sobre las condiciones, características y funcionalidad del RAIS, conforme a la normatividad vigente para la fecha y las condiciones propias de la demandante para la fecha del traslado horizontal.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que como quiera que la accionante solicita la nulidad basada en que fue engañada al no brindarle información clara, oportuna y veraz

² Archivo 028 Expediente Digital
Archivo 020 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

sobre su traslado, es a la demandante a quien corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios en el consentimiento estipulados en el artículo 1508 del Código Civil, es decir, error, fuerza o dolo; vicios que deben ser comprobables de manera real y no solo con el dicho, pues no puede pasarse por alto que todo ciudadano al afiliarse a cualquiera de las entidades vinculadas al RAIS tiene la posibilidad de ejercer el retracto de esta, y al dejar que el tiempo corra sin hacer pronunciamiento alguno, ratifica su intención de mantenerse en el régimen elegido. Frente a los hechos acepta que la actora estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida desde el 25 de octubre de 1988.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁴

La administradora de fondos de pensiones con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que el acto de traslado de la actora al Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Adujo, que suscribió formulario de afiliación de forma libre y espontánea, libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, 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, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto valido y existente.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua

⁴ Archivo 021 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, genérica, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir S.A., aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 1° de abril de 2000 y los traslados horizontales dentro del RAIS. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora junto con los rendimientos, de igual forma condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde en el año 2000, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenó a Colpensiones a recibir a la actora sin solución de continuidad y condenó en costas a todas las administradoras.

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 a la 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. Adujo, que de conformidad a la jurisprudencial actual es deber de la AFP privada devolver los gastos de administración, aportes a seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la integralidad de la sentencia, argumentó que los múltiples traslados dieron fe de la intención voluntaria y consensuada de permanecer en el RAIS, ni tampoco se puede evidenciar que existió un vicio de consentimiento sobre el error al existir una rarificación de permanencia en dicho régimen por más de veinte años. Adujo, que para la fecha de traslado la actora no contaba con una expectativa legítima o un derecho adquirido para permanecer en el régimen de prima media con prestación definida. Por último, que la referida orden afecta sustancialmente el principio de sostenibilidad financiera, pues se ve afectada la reserva pensional de los demás afiliados que cuentan con mejor derecho.

Por último, en cuanto a la condena en costas, solicita su revocatoria bajo el argumento que la entidad Estatal compareció y actuó bajo el principio de buena fe.

La demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que el Juez de instancia inobservó que la demandante a la fecha se encuentra afiliada a PROTECCIÓN S.A. y no a PORVENIR S.A., de acuerdo al formulario de afiliación de fecha 30 de noviembre de 2016 y los demás documentos como certificados e historia que dan cuenta de ello. Agregó, que los gastos de administración, indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y los aportes en seguros previsionales fueron trasladados a otras entidades y no se encuentran en su poder. Como soporte de lo anterior citó concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2023, para agregar que no procede la indexación de los referidos aportes.

La **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación en el sentido que el Despacho no se pronunció acerca del último traslado horizontal efectuado por la demandante el 30 de noviembre de 2016, de Porvenir S.A. a Protección S.A., siendo esta última entidad a la que se encuentra vinculada y por tanto deberá adicionarse el numeral segundo de la sentencia para ordenar la devolución de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual.

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 Jeannette González Gutiérrez al régimen de ahorro individual administrado a la fecha por la AFP PROTECCIÓN S.A., tal como lo señala la demandante y la convocada Porvenir S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

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 a la interesada, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó ni **PROTECCIÓN S.A.** ni tampoco **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 la demandante firmó la solicitud de vinculación ante ING hoy **PROTECCION S.A.** el 1° de abril de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1 de junio del mismo año, luego se trasladó a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 19 de febrero de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1 de abril de 2001 y posteriormente a **PROTECCIPÓN S.A.** el 15 de enero de 2012 con fecha de efectividad a partir del 1 de marzo de 2012 y luego se trasladó a **Porvenir** el 1 de octubre de 2014 con fecha de efectividad hasta el 1 de diciembre de 2014

Ahora bien, les asiste razón a las recurrentes al señalar, que posteriormente a su vinculación a Porvenir S.A., la actora firmó solicitud de vinculación a Protección S.A. encontrándose vinculada hasta la fecha. En efecto, la señora González Gutiérrez firmó formulario de afiliación ante Protección S.A. de fecha 5 de octubre de 2016 con fecha de efectividad a partir del 1 de diciembre de 2016, tal como se advierte del certificado aportado por la misma Protección obrante a página 49 del archivo 021 del cartapacio digital, siendo **la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, por lo que 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 este 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 formulario de afiliación suscrito por la actora, 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 a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 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 que no le asiste razón a PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 clara en indicar que inició laborando para la Rama Judicial y luego ha tenido cargos directivos desempeñándose a la fecha de la declaración como asesora jurídica del Municipio de Girardot. Que se trasladó, al RAIS el 1 de abril del año 2000, toda vez, que firmó contrato como abogado junior de la Secretaría de Tránsito de esta ciudad, luego realizó traslados horizontales siendo su última administradora PROTECCIÓN S.A. Adujo, que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad porque le ofrecieron mejor rentabilidad y que su mesada pensional iba a ser más alta que la que recibiría estando en el Instituto de Seguro Social. Agregó, que para el año 2000 cursaba un proyecto de Ley que señalaba la liquidación del Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones y también cursaba proyecto de Ley para aumentar la edad de pensión, que nunca fue informada acerca de las características del RAIS ni tampoco como se financiaba la pensión en dicho régimen. Al cuestionarse si fue informada en debida forma sobre las características de cada régimen y las consecuencias del traslado, contestó que solo procedió a dar datos personales y a firmarlo. Por último, señala que para el traslado a PORVENIR S.A., tampoco fue informada que existía una prohibición para traslado de régimen, ni la forma en que se financiaba su pensión ni los requisitos. (archivo de audio y video 032 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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, la decisión del *A quo* habrá de modificarse en el ordinal segundo en el sentido que es a PROTECCIÓN S.A., última entidad a la cual la actora se encuentra afiliada la que deberá trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos financieros que se han generado. De igual forma, fue acertada la decisión del Juez de instancia de ordenar a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. devolver a Colpensiones los descuentos realizados por concepto de 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 debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la 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 confirmará la sentencia en ese sentido.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de indexación. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

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, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada en su ordinal segundo y se confirmará en lo demás. Costas en esta instancia a cargo únicamente de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago. Sin costas para Porvenir S.A. y al demandante al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

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: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del seis (6) de julio de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito

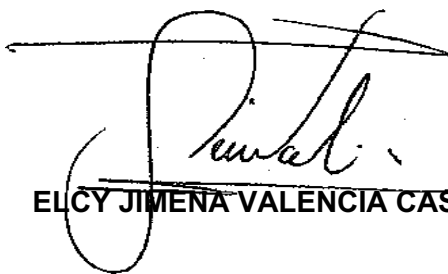
de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora **Martha Jeanneth González Gutiérrez** dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-007-2022-00161-01
DEMANDANTE:	LUIS EDUARDO OCAMPO PARADA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 7 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 7 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS EDUARDO OCAMPO PARADA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-007-2022-00161-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Protección S.A., al igual que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliado al RPM; como consecuencia de ello, se ordene a Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación; ordenar a Protección S.A. devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados; ordenar a Colpensiones recibirlo en el RPM junto con la totalidad de los ahorros que la AFP demandada traslade y actualice su historia laboral, con el fin de garantizar su derecho pensional bajo el RPM; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que realizó aportes al otrora ISS desde octubre de 1986 hasta noviembre de 1996. Que el 31 de octubre de 1996, se afilió al RAIS administrado por Protección S.A., sin que dicha sociedad le suministrara información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones de dicho cambio para su situación particular, ni se le informaron las características de ambos regímenes pensionales. Que no se le refirieron cuáles eran las condiciones específicas para obtener la pensión de vejez en el RAIS o en el RPM y no se le indicaron los riesgos y efectos que implicaba su afiliación y permanencia en uno u otro régimen. Que su afiliación al RAIS no fue producto del suministro de información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de la administradora de fondos de pensiones, sino que fue impulsada por las omisiones en la asesoría que se le debió poner en consideración al momento previo de la afiliación. Que elevó reclamación el 21 de enero de 2022 ante Colpensiones, sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta alguna.

¹ Páginas 1 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 dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir 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 actor, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para que proceda el traslado en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación de artículo 1604 del C.C., 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.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.³

La demandada PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues

² Páginas 3 a 40 Archivo 15 del expediente digital.

³ Páginas 3 a Archivo 14 del expediente digital.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

obsérvese del formulario de vinculación que suscribió el señor Luis Eduardo Ocampo Parada, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 21 de octubre de 1996; condenó a dicha AFP a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones, así como todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de 30 días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debiendo presentar un informe al Juzgado debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria; ordenar a Colpensiones a recibir al actor sin solución de continuidad como afiliado al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a ambas demandadas.

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 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 demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que para la fecha del traslado de régimen pensional del actor solo era aplicable la Ley 100 de 1993, de manera que solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para que el mismo tuviera lugar. Añadió que no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, normas a partir de las cuales nace la obligación de las AFP de realizar una doble asesoría, de suerte que el análisis de la información suministrada por la AFP convocada y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado.

Señaló que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico para la data en que el acto se celebró, pues tal exigencia desvirtúa el principio de legalidad y el debido proceso. Agregó que Colpensiones sin haber participado en el trámite de traslado, es quien debe asumir la carga de

la prestación, lo cual implica que no se está considerando el principio de la relatividad jurídica.

Dijo que hasta el 2016 los fondos de pensiones contaban exclusivamente con el formulario de afiliación para probar el consentimiento del afiliado respecto al traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente, por manera que imponerles la carga de la prueba en este tipo de procesos, se constituye en una situación de imposible cumplimiento. Sumó a ello que, el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 27 años, motivo por el cual Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, en la medida que se afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, previstos en el artículo 48 de la CP, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 001 de 2005.

Adujo que conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, existe una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, lo cual tiene como propósito proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones paga las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad y así no generar un desequilibrio patrimonial.

Señaló que los recursos que recibe la administradora de pensiones por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, lo cual se encuentra sustentado en las sentencias C124 de 2004 y SU 062 de 2010.

Sobre la condena en costas, indicó que la entidad ha actuado conforme a derecho, nada tuvo que ver en la decisión del demandante de trasladarse de régimen, por lo que no se le puede cargar impositivamente con dicha condena; además, debe considerarse el inciso 5º del artículo 48 de la CP, así como el numeral 5º artículo 365 del CGP.

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 LUIS EDUARDO OCAMPO PARADA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluidas las costas procesales impuestas a COLPENSIONES.

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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (página 102 archivo 01 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 este 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PROTECCIÓN 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 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 el actor fue claro al manifestar que trabajando en la Compañía Suramericana de Seguros se trasladó del otrora ISS a Protección S.A. en el año 1996, ya que su empleadora los invitó a una reunión para que se les informara sobre el fondo privado, como una nueva modalidad de pensiones que había surgido para ese momento, lo cual era una mejor opción, ya que tenía el respaldo del Grupo Aval, lo que le dio confianza por estar trabajando para el mismo grupo empresarial, aunado a que existía el temor de que el ISS se terminara, noticia que estaba en auge para esa época, lo cual fue ratificado por los asesores de Protección. Que la charla recibida por los asesores de Protección fue general, con una duración de más o menos 40 minutos, y en ella, les dijeron que la sociedad era un fondo en donde cada uno hacía un ahorro personalizado y que no tenía riesgo de pérdida de los aportes, pues los mismos no financiaban pensiones de otras personas (Min. 09:49 – 22:17 archivo de audio y video 29 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 el promotor de la acción 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 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 la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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,

construidos 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, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. 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 a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en el evento 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 acertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que la entidad 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 la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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,

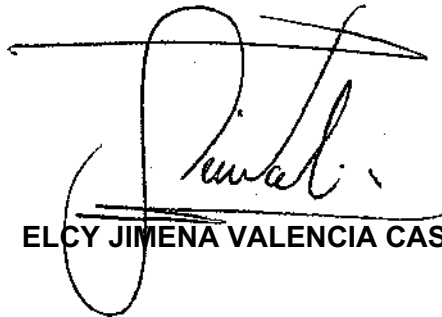
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

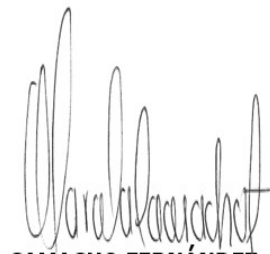
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-009-2021-00263-01
DEMANDANTE:	NUMAEL ALFONSO GONZÁLEZ BERNAL
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 5 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 presentados por las DEMANDADAS contra la sentencia del 5 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NUMAEL ALFONSO GONZÁLEZ BERNAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-009-2021-00263-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad, ineficacia o inexistencia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., por omisión del deber de información, e igualmente, que ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad en la afiliación. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PORVENIR S.A. realizar la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, así como gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora; ordenar a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPM, recibir los aportes y rendimientos financieros devueltos por la AFP PORVENIR S.A. y actualizar, corregir y poner a su disposición la historia laboral; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de julio de 1.964, motivo por el cual cuenta con 54 años. Que inició cotizando al ISS hoy Colpensiones desde el 25 de febrero de 1986, en donde aportó un total de 166,57 semanas. Que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., sin tener información concreta, clara y veraz de las consecuencias de su decisión, como las ventajas y desventajas sobre el cambio del régimen pensional. Que el asesor comercial de la AFP le indicó que se podía pensionar a la edad que quisiera, pero omitió la información de las condiciones para lograrlo, además, no le informó que la mesada pensional dependía del capital que lograra acumular en su cuenta individual, menos aún le asesoró sobre las condiciones y características del RPM. Que solicitó ante las demandadas la anulación de su traslado al RAIS, sin embargo, recibió respuesta desfavorable.

¹ Páginas 30 a 95 Archivo 01 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS.

Formuló 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 fe².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual 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),

² Páginas 1 a 31 Archivo 06 Expediente Digital.

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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la genérica³.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a la AFP PORVENIR S.A. el 20 de mayo de 1994; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno; condenó a Colpensiones a recibir de PORVENIR S.A., todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

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 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.

³ Páginas 187 a 209 Archivo 07 Expediente Digital

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **AFP PORVENIR S.A.** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que para el momento en que se efectuó el traslado del demandante al RAIS, no se exigía el deber de información como se encuentra planteado en la demanda, pues solo se requería una asesoría verbal, clara, veraz, suficiente y completa sobre las implicaciones de la vinculación, las características y condiciones del régimen, lo cual fue cumplido de manera completa por parte de la AFP. Añadió que los gastos de administración tienen una destinación específica, conforme a lo estipulado en la Ley 100 de 1993, resaltando que esos descuentos se efectúan en ambos regímenes pensionales, por manera que en caso de permanecer el actor en el RPM, su aportes no ingresarían por completo a las arcas de Colpensiones, además, esos gastos cumplieron su cometido en el caso del demandante, pues durante su afiliación al RAIS, han sido debidamente invertidos en la correcta administración de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro, y es por ello que, ya no se encuentran en manos de la AFP.

Dijo que tampoco es procedente retornar las sumas adicionales de la aseguradora porque no las tiene en su poder, al ser pagadas ante la compañía que contrató para la cobertura de las respectivas prestaciones. Anotó que de confirmarse la sentencia se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, en la medida que se estarían inaplicando las normas que regulan las restituciones mutuas derivadas de la ineficacia del acto jurídico. Resaltó que retornar los dineros debidamente indexados, implicaría que por un mismo hecho se imponga doble condena, en la medida que la orden del Juzgado ya involucró los rendimientos financieros.

La demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que a la época del traslado la realidad jurídica implicaba la aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) y e) del Decreto 692 de 1994 y el Decreto 663 de 1993, en virtud de lo cual debía cumplirse con la aceptación espontánea y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, manifestada a través de la firma del formulario de afiliación, situación que se dio a plenitud, según se deriva del documento suscrito por el demandante. Resaltó que para esa época aún no se había proferido la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de la AFP de una doble asesoría a sus afiliados, por

manera que el análisis del deber de información debió analizarse bajo las condiciones establecidas en la legislación de la época.

En ese orden, adujo que no es razonable, ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de la información no previstos en el ordenamiento jurídico, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso, exige la aplicación de las normas preexistentes al acto que se juzga, de conformidad al artículo 29 de la CP. Añadió que se viola el debido proceso de Colpensiones, porque sin haber intervenido en el acto jurídico de traslado, debe afrontar la carga de la prestación, lo cual desconoce el principio de la relatividad jurídica, en virtud del cual los actos jurídicos tienen efectos *inter partes* y las consecuencias que se deriven de los mismos, sólo deben repercutir sobre las partes involucradas, por tanto, Colpensiones no puede verse favorecida, ni mucho menos perjudicada por el traslado de régimen pensional. Concluyó advirtiendo que en el caso analizado el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por faltarle 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

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 problemas jurídicos a resolver en el *sub lite* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NAMUEL ALFONSO GONZÁLEZ BERNAL 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 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, 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (Página 32 archivo 06 del 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 este 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el 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 el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la AFP demandada, pues el actor fue claro al manifestar que hacia el año 1994, cuando trabajaba en Macanguro, llegaron unos asesores de la AFP **PORVENIR S.A.**, quienes les ofrecieron afiliarse al RAIS, lo cual aceptó considerando la crisis del Seguro Social. Adujo que se le informó sobre los aportes voluntarios, que su pensión era heredable y que dependía del ahorro que realizara. Que no le informaron nada del fondo público, pues sólo le indicaron que estaba en crisis (Min. 10:27 a 21:09 archivo 18 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 cobró la 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, acarreado 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 de la A quo de ordenar a la 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 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 la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora 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.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar

al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados, 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).

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

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,

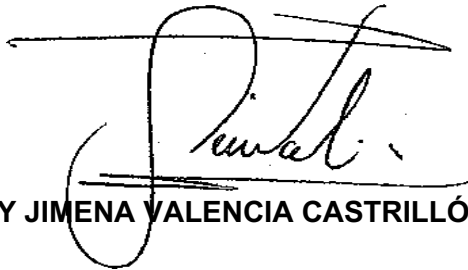
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno 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 la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-010-2019-00841-01
DEMANDANTE:	FABIOLA EMILIA GARCÍA RAMOS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 14 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 14 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **FABIOLA EMILIA GARCÍA RAMOS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-010-2019-00841-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS, así como que tiene derecho a permanecer afiliada al RPM en cabeza de Colpensiones; como consecuencia de ello, se ordene a Porvenir S.A. trasladar en el menor tiempo posible los aportes por ella realizados al RAIS; condenar a Colpensiones a actualizar su historia laboral, una vez reciba los aportes trasladados por parte de la AFP Porvenir S.A.; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 3 de febrero de 1966, motivo por el cual a la fecha cuenta con 53 años. Que se afilió al RPM desde el 19 de noviembre de 1991. Que se trasladó al RAIS porque el asesor de la AFP Porvenir S.A. le indicó que el ISS sería liquidado y por ende no tendría futuro pensional, aunado a que en el fondo privado tendría mayores beneficios. Que la persona en cargada de recursos humanos le realizó una sugerencia directa de trasladarse a la AFP Porvenir S.A. Que en ningún momento se le mostraron las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tuvo acceso real, eficaz y oportuno sobre los fondos de pensiones del RAIS, ni tampoco se le brindó información financiera real de la manera como se liquidan las pensiones en cualquiera de los regímenes pensionales. Que la AFP no realizó un estudio serio frente a su futuro pensional, induciéndola a un error que afecta su mínimo vital y móvil en la etapa más vulnerable de su vida, cuando ya su capacidad laboral se encuentra disminuida. Que solicitó a las demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS, sin embargo, ambas entidades emitieron respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

¹ Páginas 34 a 61 archivo 01 del expediente digital.

² Páginas 15 a 26 Archivo 15 del expediente digital.

Sala Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, demostrándose de esa manera que, la AFP PORVENIR la asesoró en su decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, siendo de este modo su afiliación completamente 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 y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A.³

La demandada PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional (2009). Añadió que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional, contenido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Dijo que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea, completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP, con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional.

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.

³ Páginas 42 a 68 archivo 06 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante en el año 2009, del RPM al RAIS, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social; declaró que la actora ha estado afiliada al RPM sin solución de continuidad, desde su elección inicial; declaró no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos y, eventualmente, de los bonos pensionales, si los hubiere o en su defecto, cuando se rediman; condenó a Colpensiones a que una vez Porvenir S.A. traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización; condenó en costas a la AFP 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 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 demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que el contrato suscrito entre la demandante y la AFP Porvenir S.A. se celebró de manera libre y voluntaria, pues obran medios de prueba documentales suficientes que así lo acreditan. Dijo que en tratándose del sistema pensional, los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilian, como lo indica el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Añadió que al demandante no se le vulneró ningún derecho y se le respetó su derecho de afiliación al suscribir el formulario con el RAIS, resaltando que se trataba de una persona con capacidad legal para el efecto. Adujo que a la fecha la activa cuenta con 53 años de edad, por ende, está inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, lo cual también sucedió en el año 2018, cuando elevó la solicitud de traslado ante Colpensiones.

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 FABIOLA EMILIA GARCÍA RAMOS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy 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 a la afiliada 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 HORIZONTE hoy 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 la afiliada, 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 **HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.** (página 105 archivo 06 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 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 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 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 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 AFP demandada, pues la actora fue clara al manifestar que 3 asesores de Porvenir S.A. la abordaron con los formularios ya diligenciados, indicándole que el otrora ISS “*se iba a acabar*”; que pasados unos días el Dr. Martínez administrador de la Fundación Santa fe, le indicó que era mejor trasladarse, entonces procedió a suscribir el formulario de afiliación, pero no hubo inducción en general, pues solo le manifestaron que sus aportes eran heredables y que la AFP Porvenir S.A. tenía mayores beneficios (Min. 40:14 – 57:18 archivo de audio y video 23 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 promotora de la acción 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 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 la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la

administradora 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) 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 la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

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:	11001-31-05-010-2021-00477-01
DEMANDANTE:	OLGA YANETH SANABRIA RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 9 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa misma entidad, frente a la sentencia del 9 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA YANETH SANABRIA RODRÍGUEZ** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. 11001-31-05-010-2021-00477-01.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al régimen de prima media; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S.A., y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que, desde el 19 de mayo de 1988 hasta el 03 de agosto de 2007, la señora Olga Yaneth Sanabria Rodríguez estuvo afiliada al hoy extinto Instituto del Seguro Social, hoy Colpensiones. Que, para el 19 de mayo de 1988 acumuló un total de 892 semanas cotizadas en el Instituto del Seguro Social. Que, para el mes de septiembre de 2007, cuando la laboraba en la empresa Alianza CTA, los asesores de la AFP PORVENIR S.A, no le entregaron información acerca de las consecuencias del traslado, de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. Que el 23 de junio de 2021, elevó derecho de petición ante Colpensiones, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que

¹ Fs. 1-18 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 1-16 Archivo 10 Expediente Digital

durante 16 años la demandante ha estado afiliada al RAIS sin que hubiera manifestado ninguna clase de inconformidad.

Propuso como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación, restituciones mutuas y genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, adujo que el traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A. fue consiente, voluntario e informando razón por la cual bajo el principio de libre escogencia prefirió pensionarse bajo los lineamientos del RAIS. Agregó que según lo contemplado en el artículo 2, literal e), de la Ley 797 de 2003, se consagra la prohibición de realizar el traslado de régimen cuando el afiliado se encuentra dentro de los 10 años para adquirir la pensión de vejez.

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 y declaratoria de otras excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de agosto de 2023, declaró la ineficacia de traslado de la demandante a Porvenir S.A, efectuada el 23 de julio de 2007 condenó a la administradora privada a devolver a Colpensiones las cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo que al realizar la devolución debe incluir los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, condenó a Colpensiones a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de Porvenir S.A. revise que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en la sentencia e imputar en la historia laboral de la

³ Fs. 1-13 Archivo 11 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

demandante las semanas cotizadas en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

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 a la 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 **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada exponiendo los siguientes puntos de inconformidad, el primero frente a las costas procesales, bajo el argumento que la administradora Estatal compareció y actuó bajo el principio de buena fe, situación que la hace exenta de la condena establecida en el artículo 365 del Código General del Proceso. Como segundo punto considera que no podría surtir el traslado considerando lo expuesto en el artículo 2, literal e), de la Ley 797 de 2003, frente a la prohibición de realizar el traslado de régimen cuando el afiliado se encuentra de los 10 años para adquirir la pensión de vejez.

La demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación parcial, en lo correspondiente a la indexación de las sumas que esta debe remitir a Colpensiones en el traslado de los saldos frente a la cuenta de la demandante. Aduce que revisado el escrito introductorio no fue pedido la indexación de las sumas a devolver, no siendo viable la condena bajo el supuesto consagrado en el artículo 50 del C.P.T. y S.S. Agrega, que la orden de indexación causaría un detrimento en Porvenir S.A., pues se estaría dando una doble condena a regresar ciertos montos no destinados a financiar la pensión de vejez.

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 Yaneth Sanabria Rodríguez al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

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 y en la sentencia SL 1064 de 2023.

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 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 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 la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** el 23 de julio de 2007 con fecha de efectividad del 1 de septiembre de 2007. (página 73 y 76 archivo 10 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 las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 la demandante no fue elaborado libremente por las AFP del RAIS demandada, sino que correspondían 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, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la actora 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 las AFP demandadas 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 que no le asiste razón a **PORVENIR S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 clara en señalar que para la época de traslado, esto es, en el año 2007 fue abordada por una asesora de Porvenir S.A., que debía trasladarse al RAIS porque el ISS iba a desaparecer. Señaló, que continuaría con los mismos beneficios y que su mesada no iba a disminuir, aclaró que la asesora fue muy corta y procedió a suscribir el formulario de afiliación. Resaltó que no tenía conocimiento las consecuencias jurídicas de trasladarse del RPM al RAIS como perder el régimen de transición, y nunca tuvo la oportunidad de sopesar cual régimen era más beneficioso atendiendo que venía cotizando en el RPM con anterioridad a la Ley 100 de 1993. Que una de las motivaciones de firmar el formulario fue la posibilidad de pensionarse anticipadamente con 1150 semanas. (archivo de audio y video 017 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración_ que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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 acertada la decisión de la A quo de 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 debían

ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la 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 confirmará la sentencia en ese sentido.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

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, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las

demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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 9 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Décimo (10) 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.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-011-2023-00155-01
DEMANDANTE:	MIREYA RODRÍGUEZ MORALES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Consulta 06 de septiembre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	Adiciona

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia del 6 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MIREYA RODRÍGUEZ MORALES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.** con radicado No. **11001-31-05-011-2023-00155-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a PROTECCION S.A. el 14 de septiembre de 1994. Además, que se declare la ineficacia de traslado horizontal efectuado por la actora a la hoy AFP PORVENIR S.A. el 27 de abril de 2001 y como consecuencia se declaré la nulidad y/o ineficacia del traslado a las AFP demandadas y se ordene a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.S, trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Que se condene a COLPENSIONES a recibir a la actora como afiliada sin solución de continuidad y a recibir los dineros que traslade PROTECCION S.A. actualizando la historia laboral correspondiente, por último y no menos importante se condene al pago de las costas y gastos del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la demandante que nació el 7 de septiembre de 1964 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a partir del día 30 de noviembre de 1989, no brindando la información sobre las desventajas de afiliarse al RAIS. Que, el día 14 de septiembre de 1994 inducida por la información sobre los beneficios del RAIS, firmó su traslado a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. sin tener conocimiento claro de las consecuencias que conllevaría el cambio de régimen. Que posteriormente se afilió a la AFP PORVENIR S.A. el 27 de abril de 2001, mediante traslado horizontal, pero luego retornó a PROTECCIÓN S.A. hasta la fecha. Que solicitó a COLPENSIONES el día 24 de marzo de 2017 su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibiendo una respuesta negativa al encontrarse dentro de los 10 años de la prohibición de traslado y no contar con los quince años de cotización antes de entrada la vigencia de la Ley 100 de 1993.

¹ Folios 01- 16 archivo 01 del ED.
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, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y las reclamaciones administrativas presentadas por la misma, y manifestó que no le constan los demás hechos concernientes al traslado efectuado.

Propuso como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**,³ se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante. Adujo, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se ésta en presencia de algún vicio del consentimiento ni tampoco se evidencia nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

² . Folios 02-45 archivo 07 del ED.

³ Folios 03-29, archivo 16 del ED.

PROTECCION S.A. ⁴. al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación efectuada por la demandante es un acto existente, válido exente de vicios del consentimiento y de cualquiera fuerza para realizarlo.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2023, dispuso declarar la ineficacia de traslado efectuado por Mireya Rodríguez Morales del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 14 de septiembre de 1994, a través de PROTECCION S.A. Condenó a dicha entidad a devolver COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de las cotizaciones, junto con sus rendimientos financieros y porcentajes descontados de las cotizaciones, lo recaudado por concepto de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, condenó a PORVENIR S.A. a devolver lo descontando por gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, Ordenó a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a aceptar dichos valores y condenó en costas a las administradoras privadas.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al

⁴ Folios 02-33, archivo 11 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos, gastos de administración y sumas adicionales, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros mencionados y a afiliarse a la demandante sin solución de continuidad.

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, **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 MIREYA RODRÍGUEZ MORALES al Régimen de ahorro

individual administrado por PROTECCIÓN S.A y la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan.

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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*,

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 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 (a) 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 **PROTECCION S.A.** el 19 de septiembre de 1994 con fecha de efectividad a partir del 1 de octubre de 1994, luego se trasladó a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** el 27 de abril de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1 de junio del 2000 y retornando a **PROTECCIPÓN S.A.** el 22 de enero de 2022 con fecha de efectividad a partir del 1 de marzo de 2000 hasta la fecha. (f. 91 archivo 11), **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 este 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 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, 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 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, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PROTECCION S.A. el día 14 de septiembre de 1994 , fue abordada por unos asesores de forma grupal y luego individual, que la asesora le manifestó que en el RAIS iba a recibir una pensión mayor a la que recibiría al Instituto de Seguro Social y que esta última entidad iba desaparecer; por lo que ante esta situación firmó el documento; la asesoría fue corta, les mostró el formulario y les dijo que el Fondo funcionaba igual que el ISS. Adujo, que solamente reviso los datos personales antes de firmar el respectivo formulario. Firmó el documento de manera libre y voluntaria, pero desconocía lo que esto implicaba. Frente al traslado horizontal efectuado a AFP PORVENIR S.A el 27 de abril de 2001. indicó que un asesor la abordó y le

presentó el formulario de afiliación, pero no le manifestó o expresó las características del régimen, ni tampoco como sería su mesada pensional pero sí que sería mejor, ni mucho menos de la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse. (conteo de audio 31:33-1:05).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debe declararse la ineficacia de este, e impartirse 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, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo que 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, se debe confirmar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la 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 afectadas 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** en su integridad. Por todo lo anterior y en vista del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte **DEMANDADA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** respecto de la sentencia del 06 de septiembre de 2023, conforme a lo previsto en el artículo 69 del CPT y de

la SS no habrá condena en costas.

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,

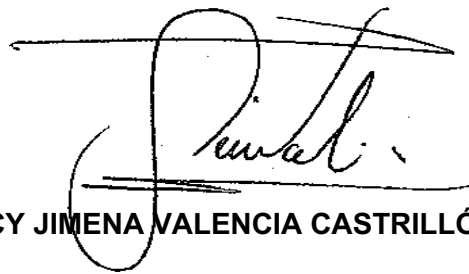
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR INTEGRAMENTE la sentencia del 6 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

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:	11001-31-05-012-2021-00025-01
DEMANDANTE:	ELIDA NARANJO CORREA.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO y el HOSPITAL TOMAS URIBE E.S.E.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 21 de septiembre de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 formulados por la parte demandada COLFONDOS S.A. respecto de la sentencia del 21 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIDA NARANJO CORREA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA y EL HOSPITAL TOMAS URIBE E.S.E.** con radicado No. **11001-31-05-012-2021-00025-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del momento en que efectuó la última cotización efectiva, junto con el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, aparejado con costas procesales. Como pretensión subsidiaria, se reconozca la devolución de saldos debidamente indexada.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de octubre de 1960 por tanto, cumplió la edad de 57 años el mismo día y mes del año 2014. Que se encuentra afiliada a Colfondos S.A. registrando un total de 978.57 semanas, no obstante, cuenta con un bono pensional cuando laboró al servicio del Hospital Departamental Tomas Uribe Uribe entre el 1 de septiembre de 1979 y el 10 de enero de 1983, para un total de 172.8 semanas.

Que sumando las semanas que registra en la historia laboral de Colfondos S.A. y las 172.8 registradas en el sector público acredita un total de 1.151, semanas suficientes para que la administradora privada le reconozca la prestación de vejez. Por último, que el 26 de junio de 2019 solicitó la pensión siendo negada mediante comunicación del 4 de diciembre de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues la actora dirige las pretensiones de vejez y devolución de saldos en contra de Colfondos S.A.

¹ Pág. 1-6 archivo 01 del expediente digital.

² Folios 87 a 92, archivo 01 proceso escaneado.

Propuso como excepciones de fondo 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 y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.³ A través de apoderado judicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumentó que la actora no reúne el capital necesario para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y tampoco ha elevado solicitud formal de reconocimiento y pago de la prestación en modalidad garantía de pensión minina, siendo así que no se han adelantado las gestiones ante la entidad a cargo de reconocer dicha garantía, que es la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Formuló, la excepción previa de falta de integración de litisconsorte necesario y solicitó vincular a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al Hospital Departamental Tomas Uribe Uribe E.S.E. Como excepciones de mérito las que denominó; ausencia de legitimación de la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclama, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, pago, buena fe, genérica y petición antes de tiempo.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO⁴, con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, señaló que le corresponde a Colfondos S.A y no a la Oficina de Bonos Pensionales de la cartera ministerial adelantar ante el emisor del eventual bono pensional de la actora, gestiones que le corresponden como administradora. Que el Bono Pensional tipo A modalidad 2 al que tiene derecho la demandante de acuerdo con la liquidación provisional del Bono Pensional generada por el sistema interactivo en respuesta a la petición ingresada por la AFP COLFONDOS el día 31 de marzo de 2022, concurre como emisor y único contribuyente la E.S.E. Hospital

³ Pág. 3 a 16 archivo 01 del expediente digital.

⁴ Pág., 1 a 20 archivo 20 del expediente digital.

Departamental Tomas Uribe Uribe de conformidad con lo consignado en la certificación laboral CETIL No. 202007891901158000960026 de fecha 31 de Julio de 2020, expedida por la antigua entidad empleadora.

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de legitimación en la causa por pasiva.

HOSPITAL DEPARTAMENTAL TOMAS URIBE URIBE DE TULUÁ EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.⁵

Frente a las pretensiones de la demanda, indicó que no están dirigidas contra dicha entidad. Adujo que, para el caso concreto, la administradora del RAIS ha emitido cuenta de cobro por concepto de cuota parte del bono pensional al Hospital. Que, en diciembre de 2021, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público notificó mediante correo electrónico que la solicitud de bono pensional de la actora, fue avalada y continua con el proceso de elaboración del cálculo actuarial.

Propuso las exceptivas de imposibilidad de pagar bono pensional y falta de disponibilidad presupuestal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2023, condenó a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar la garantía mínima de pensión de vejez de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de noviembre de 2021, en cuantía equivalente a un SMLMV. Al igual que la administradora privada deberá adelantar los trámites ante el HOSPITAL TOMAS URIBE URIBE TULUÁ ESE y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para que estas entidades procedan al reconocimiento del bono pensional y de la garantía mínima de pensión. De igual forma, condenó al pago de los intereses moratorios de que

⁵ Pág. 3 a 16 archivo 01 del expediente digital.

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, absolvió a las demás convocadas y condenó en costas únicamente a la administradora privada.

Como fundamento de su decisión, inició por realizar un recuento procesal de las contestaciones de la demanda de cada una de las convocadas a juicio. Explicó, que el problema jurídico a resolver es establecer si la actora tiene derecho a la pensión de garantía de pensión mínima junto con el pago de intereses moratorios. Citó el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, para señalar que, según el reporte de semanas allegado por Colfondos S.A., la actora cuenta con un total de 1268 semanas, incluido el tiempo cotizado a la E.S.E Hospital Tomas Uribe Uribe, y que revisada la cédula de ciudadanía la actora cumplió la edad de 57 años en el año 2017.

Explicó, que, frente al requisito de un capital deficitario para acceder a la pensión de vejez, se remitió a la misiva del 9 de julio de 2020, donde la administradora informó a la demandante que no fue posible acceder a la pensión de vejez, toda vez, que no cuenta con el capital mínimo. Concluyó, que lo anterior es suficiente para determinar que la actora es beneficiaria de la garantía de pensión mínima, pues a la fecha cuenta con más de 1150 semanas, 62 años de edad y la declaratoria de capital insuficiente por parte de Colfondos S.A.

Agregó, la Juez de instancia que no es de recibo el argumento de falta de reclamación de la prestación, pues en la comunicación de fecha 9 de julio de 2020, la administradora le negó la pensión de vejez a la demandante, y si bien le indicó que debe radicar unos documentos para acceder la garantía de pensión mínima, tales documentos ya obraban en su poder, tales como cédula de ciudadanía y reporte de semanas de cotización. Que, conforme a la jurisprudencia actual ante la demora y negligencia de la administradora en el trámite de pago de bonos pensionales, deberá asumir la pensión de forma provisional con cargo de sus propios recursos ante el incumplimiento oportuno de Colfondos S.A.

En lo relativo a los intereses moratorios, estimó su procedencia atendiendo que la administradora estaba obligada a tramitar el respectivo bono desde el momento que la actora solicitó el reconocimiento de la pensión mínima. Por último, desestimó la excepción de prescripción, al no transcurrir los 3 años de que trata el artículo 151 del CPT y S.S.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primer grado, se alzó la demandada **COLFONDOS S.A.**, pugnando su revocatoria. En lo medular, señaló que la demandante no solicitó la prestación de vejez ni mucho menos gestionó el reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima, por tanto, no era posible acceder a la prestación al no contar con la respectiva reclamación formal. Adujo, que esas 325 semanas de bono pensional no están aceptadas por la E.S.E Hospital Rafael Uribe Uribe, siendo necesario que la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda, acceda al reconocimiento de la garantía de pensión mínima. Por último, que en caso afirmativo de proceder la revocatoria de la prestación, consecuentemente se debe revocar la condena por intereses moratorios y costas procesales.

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, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver si la Juez de primera instancia acertó al conceder la prestación de la garantía de pensión mínima, por considerar que en cabeza de la administradora estaba el trámite administrativo tendiente al reconocimiento y no en la afiliada ni en la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que son hechos indiscutidos y acreditados en el proceso, **(i)** Que la señora Elida Naranjo Correa laboró en el sector público al servicio del Hospital Rafael Uribe Uribe de Tuluá Valle del Cauca desde el 1 de septiembre de 1979 hasta el 10 de enero de 1983. **(ii)** Que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo el valor del bono pensional tipo A (Departamento del Valle del Cauca) es inferior al capital mínimo para cubrir la pensión de vejez a la luz del artículo 64 de la Ley 100 de 1993. **(iii)** Que la demandante nació el 16 de octubre de 1960, esto es, cumplió 57 años de edad el mismo día y mes del año 2017 y **(iv)** que sumando todo el tiempo laborado y el cotizado a la AFP llamada al proceso, la demandante acredita un total de 1268,29 (pág. 52 archivo 08 del ED).

Ahora bien, es de señalar que, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cada afiliado es titular de una cuenta individual, donde se van acumulando los recursos destinados a financiar sus prestaciones, entre ellas la de vejez, así lo dispone claramente el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, cuando al efecto prevé:

“ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar. (..).

Así las cosas, para que el afiliado o afiliada pueda acceder a dicha prestación, esto es, la pensión de vejez, es necesario que en su cuenta individual haya acumulado el capital necesario para financiarla; o lo que es igual, este régimen funciona sobre la regla consistente en que en principio cada afiliado va construyendo el capital necesario para costear su pensión de retiro. No obstante, el legislador teniendo en cuenta la realidad económica del país, la informalidad laboral, y las fisuras que se presentan en materia de estabilidad en el empleo, fue consiente de la imposibilidad para algunos afiliados de alcanzar a completar el capital mínimo exigido para lograr la **garantía de pensión mínima de vejez**. Para este evento previó el artículo 65 de la Ley ídem, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

La jurisprudencia patria ha señalado, que dicha garantía hace parte de la estructura del RAIS y valida la conformación del sistema de seguridad social, que en los términos del artículo 48 de la Constitución Política tiene como piedra angular los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (SL 2490-2018).

Dicho lo anterior, carece de fundamento la argumentación de la apelación referida a que a la luz del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, es a la afiliada demandante y no a la AFP, a quien le corresponde la tarea de gestionar la garantía de pensión mínima prevista en la citada disposición, toda vez que el artículo 83 ibidem, lo cual no advirtió la recurrente, es claro en establecer que dicha gestión, como bien lo consideró la Juez de instancia, está en cabeza de las AFP, esto es, la gestión de dicho trámite, así lo dice expresamente:

“ARTÍCULO 83. Pago de la garantía. Para las personas que tienen acceso a las garantías estatales de pensión mínima, tales garantías se pagarán a partir del momento en el cual la anualidad resultante del cálculo de retiro programado sea inferior a doce veces la pensión mínima vigente, o cuando la renta vitalicia a contratar con el capital disponible, sea inferior a la pensión mínima vigente.

La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.”.

Garantía mínima, que de paso valga recordar, le corresponde reconocer a la Nación, a través de la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues así lo dispone expresamente el artículo 4 del Decreto 832 de 1996. En suma, la obligación de reconocimiento de las prestaciones en cabeza de la AFP, cuando se deba acudir a la garantía de pensión mínima, así como la de llevar a cabo las gestiones necesarias para el reconocimiento por parte del Ministerio de Hacienda de tal beneficio, se corrobora con lo previsto en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

Las anteriores disposiciones además de reiterar que es obligación de la Administradora Privada (COLFONDOS S.A.), no del afiliado, gestionar todo lo relacionado con la garantía de pensión mínima consagrada en el citado artículo 65, terminan de derruir el argumento de la pasiva referido a que la Juez no podía ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, sin antes contar con el reconocimiento de la citada garantía por parte de la Oficina de Obligaciones Pensionales, cuando lo cierto es como con acierto lo señaló la primera vara, es la AFP la que debe reconocer

provisionalmente la prestación con cargo a los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, mientras se efectúa el reconocimiento de la citada garantía de pensión mínima por parte del Ministerio de Hacienda.

En efecto, tales derroteros son terminantes en señalar que si el afiliado que reúne los requisitos para pensionarse contenidos en el artículo 64 de la misma ley, pero el saldo en su cuenta individual es menor que el saldo requerido para una pensión mínima, como es el caso de la demandante. La AFP está en la obligación de reconocer, como ya se dijo, una pensión provisional, bien con cargo a los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, ora con cargo a su propio patrimonio, en los casos que la administradora actúa negligentemente, es decir, que no haya cumplido de manera oportuna y diligente sus obligaciones, entre ellas, desde luego, la de gestionar todo lo pertinente a la garantía de la pensión mínima. A cita de ejemplo, véase lo adocitrinado por la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL1534-2019.

Así las cosas, la jurisprudencia ha sido insistente en llamar atención a las administradoras, a fin de que no coloquen trabas innecesarias en el reconocimiento de pensiones de vejez a sus afiliados, pues si ellos arriban a los 57 años si son mujeres, o 62 si son hombres y cuentan con más de 1.150 semanas cotizadas o de tiempo de servicios, pero no reúnen el capital mínimo necesario para el financiamiento de su pensión mínimo de vejez en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, deben ser pensionados provisionalmente con cargo a los dineros que posean en su cuenta de ahorro individual, luego de lo cual, se constituye en un imperativo legal, que tales administradoras deben realizar las gestiones pertinentes.

Todo lo expuesto, es suficiente para concluir que tales requisitos se encontraron satisfechos con las pruebas aportadas al proceso, que como atrás se mencionó, ninguna inconformidad mostró al respecto la administradora, esto es, en lo referente, -a la edad, más de 1.150 semanas y la insuficiencia en su capital. - Por lo tanto, contrario a lo señalando no es la demandante la llamada adelantar dicho trámite y a presentar una serie de documentos adicionales no previstos por el Legislador, pues tal como se advirtió en la

comunicación dada por la pasiva de fecha 9 de julio de 2020, la misma AFP advirtió a la demandante que no era procedente la solicitud de pensión de vejez, por no contar con el capital suficientes para el reconocimiento de la prestación. Tal como se ilustra a continuación:

Es importante aclarar que la prestación de Garantía de Pensión Mínima está a cargo de la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, razón por la cual, ésta administradora actúa como una intermediaria. De igual manera, dicha entidad recibirá para estudio el caso, una vez se finalice el trámite del bono pensional.

De conformidad con lo anteriormente expuesto nos permitimos informarle que:

1. Colfondos S.A., **RECHAZA** la solicitud de pensión de vejez, por no contar con el capital suficiente requerido para el reconocimiento de la prestación.
2. Solicitamos comedidamente allegar la documentación relacionada en el Check List adjunto, para el estudio del reconocimiento de Pensión por Garantía Mínima.
3. El trámite para el estudio del reconocimiento de Pensión por Garantía Mínima mencionado en el numeral anterior, se llevará a cabo una vez finalizado el trámite del bono pensional.

En **síntesis**, los cargos formulados por la administradora no están llamados a prosperar, toda vez, que el legislador ni la jurisprudencia en momento alguno, previo que en cabeza del afiliado o afiliada debe gestionar dicha garantía, cuando es la AFP la llamada adelantar dicho trámite diligentemente, y menos es de recibo que el reconocimiento de la prestación tenga que quedar supeditado a que el Ministerio de Hacienda a través de la Oficina de Obligaciones Pensionales previamente reconozca el componente de la solidaridad del régimen, como para el caso es la garantía de pensión mínima, y menos en casos como el que nos ocupa, en la que la administradora actuó con negligencia. Por último, por sustracción de materia al no prosperar la revocatoria de la pensión reconocida, se mantendrá incólume los intereses moratorios ordenados y las costas procesales.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Las costas en esta instancia correrán a cargo de **COLFONDOS S.A.** por no haber prosperado su recurso de apelación, se ordena incluir como agencias en derecho, una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

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;

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

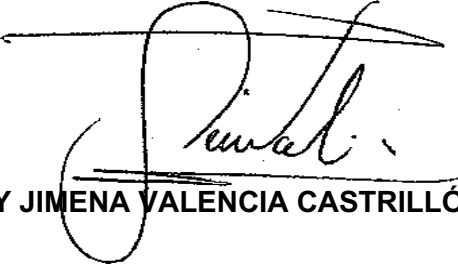
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 21 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada **COLFONDOS S.A.** incluyendo como agencias en derecho una suma de equivalente a 1 SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-012-2021-00528-01
DEMANDANTE:	OMAR ALDANA MUÑOZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 9 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OMAR ALDANA MUÑOZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-012-2021-00528-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 31 de julio de 1995; como consecuencia de ello, se ordene a dicha AFP trasladarlo, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos causados, todo con destino al RPM administrado por Colpensiones; se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad en el RPM; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 15 de noviembre de 1961, motivo por el cual cuenta con 60 años. Que realizó cotizaciones para pensión ante el extinto ISS desde el 5 de octubre de 1.992 hasta el 31 de julio de 1.995. Que el 31 de julio de 1995 fue trasladado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., lo cual permitió porque el promotor de la entidad le manifestó que el Seguro Social no tendría los fondos suficientes para responder por las mesadas pensionales para los futuros pensionados, pues dicha entidad se iba a liquidar, además, que al realizar su traslado obtendría una muy buena pensión, a una edad inferior a la mínima requerida legalmente. Que en todo caso, la AFP llamada a la acción, no le proporcionó de manera oportuna, la información imprescindible para celebrar un acto jurídico de afiliación voluntario, referente a los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS, tampoco fue informado sobre la prohibición de efectuar un nuevo traslado, al cumplimiento de la edad de 52 años. Que solicitó a Porvenir S.A. la nulidad de su traslado al RAIS, además petitionó ante Colpensiones la realización de una nueva vinculación, empero, ello le fue negado por dichas administradoras.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

¹ Páginas 5 a 21 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el señor Omar Aldana Muñoz, realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que, la AFP PORVENIR, le asesoró en su decisión de trasladarse del RPM en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de este modo su afiliación es completamente válida.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.³

Mediante Auto del 23 de septiembre de 2022, el Juzgado de Conocimiento, tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante a la AFP PORVENIR S.A. el 31 de julio de 1995, considerándolo válidamente afiliado al RPM; condenó a dicha AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

² Páginas 2 a 13 Archivo 06 del expediente digital.

³ Archivo 03 del expediente digital.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1.746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta individual debidamente indexados; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Porvenir S.A. y una vez ingresen los dineros, proceda a actualizar su información en la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

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 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 demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo como argumentos que, cumplió con las obligaciones que le eran oponibles al momento en que el demandante Omar Aldana decidió realizar su traslado, de manera libre y voluntaria a la AFP. Que no le son exigibles condiciones que no estaban vigentes, pues de lo contrario, se desconocería el principio de confianza legítima y de la irretroactividad del derecho. Añadió que el demandante también debió indagar sobre las implicaciones que tendría su traslado de régimen pensional, por lo que la administradora de pensiones no debe asumir toda la responsabilidad sobre el deber de información, menos aun cuando el convocante dijo en su interrogatorio que a pesar de haberse trasladado por orden de su empleador, en todo caso decidió continuar su afiliación al RAIS cuando cambió de trabajo.

Señaló que los afiliados son los únicos conocedores de su situación concreta, de suerte que, en virtud del principio de igualdad, también están llamados a asumir sus responsabilidades frente al deber de información. Por tanto, para el caso analizado, no se vulneraron los derechos de la parte actora, en particular, el de libre elección, en los términos señalados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Dijo que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues resulta inequitativo con la AFP que se le despojen de las sumas debidamente causadas por su correcta actividad administradora durante el tiempo que la parte actora estuvo vinculada, y cuya diligencia generó los rendimientos financieros que superan con creces los aportes del actor, al comportar el 62% de las cotizaciones, a más que de haber permanecido en el RPM, un porcentaje de estos aportes también le hubieren sido descontados por Colpensiones, para cubrir gastos de administración y seguros previsionales, siendo claro que estos dineros no están destinados a financiar la pensión en ninguno de los dos regímenes pensionales. Por tanto, dijo que la condena debatida, involucra un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, al recibir unas sumas adicionales, sin ejercer ninguna labor de administración.

Sobre los descuentos realizados a títulos de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, adujo que no se puede desconocer que tales rubros ya fueron trasladados a las aseguradoras que en su momento fueron contratadas y con las cuales el demandante tuvo cobertura frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, siendo claro que las sumas en mención cumplieron con la finalidad prevista en la Ley 100 de 1993. Aunado a ello, dijo que el traslado de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, desconoce lo preceptuado en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, en el cual se señalan los valores que son objeto de traslado, mismas que no incluyen los conceptos anotados.

Finalmente, dijo que no es procedente la condena por indexación, pues conforme al criterio definido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali y

la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, el traslado de los rendimientos financieros, compensa la depreciación o la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, máxime que del total de ahorro contenido en la cuenta del demandante, el 62% corresponde a rendimientos financieros, debiéndose revocar la decisión de instancia sobre este aspecto, en aras de evitar una doble sanción contra la AFP demandada.

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que debe existir una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

Refirió que la parte activa se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por manera que conforme a lo indicado en la sentencia SU 062 de 2010, la decisión de primer grado atenta contra la sostenibilidad del sistema, pues el objetivo de la norma en referencia, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del RPM, que se produce cuando se permite que las personas que no han contribuido al mismo, y que no han sido tenidas en cuenta en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que en un futuro representan el pago de sus pensiones con su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen, cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuye a desfinanciar el sistema y poner en riesgo el derecho irrenunciable a la pensión de vejez de los demás cotizantes.

Hizo referencia al salvamento de voto de la Magistrada Luz Patricia Calle dentro del proceso 009 2021 00177 01 y señaló que la entidad ha actuado de buena, lo que conlleva a la revocatoria de las costas procesales.

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 OMAR ALDANA MUÑOZ al régimen de ahorro individual administrado por la PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, incluidas las costas procesales contra COLPENSIONES.

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 a la afiliada 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 109 archivo 01 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 este 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el 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 el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la AFP demandada, pues el actor fue claro al manifestar que cuando trabajaba para la Compañía Agrícola del Llano, lo llamó la encargada de recursos humanos, mientras él se encontraba en campo y, le indicó que por directriz de la compañía todos los trabajadores se estaban trasladando a la AFP Porvenir S.A. También dijo que la conversación duró unos dos minutos y que, si bien se le indicó que había un asesor, nunca habló con él; que preguntó si era mejor la AFP y le informaron que sí porque el ISS “se iba a acabar”. Añadió que firmó el formulario 20 días después de efectuada esa llamada (Min. 08:50 – 19:50 archivo de audio y video 15 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 el promotor de la acción 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 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 la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, estos dos últimos rubros con su indexación; sin embargo, se observa que la falladora de primer grado omitió hacer alusión expresa a la devolución de los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora 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, por manera que se adicionará la sentencia en este puntual aspecto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales

no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

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, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. 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 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 acertada la decisión de la Juez a quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que la entidad asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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 el numeral **TERCERO** de la sentencia del 9 de mayo 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar igualmente a **COLPENSIONES** los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

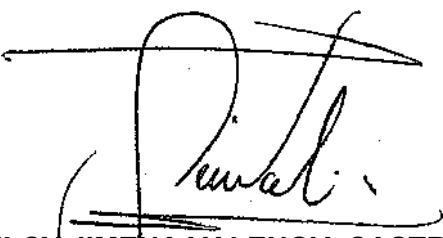
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-013-2021-00066-01
DEMANDANTE:	LEONEL RUIZ CONTRERAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 11 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	Modifica.

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 las demandadas Skandia S.A y Colpensiones y la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 11 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LEONEL RUIZ CONTRERAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-13-2021-00066-01**.

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a la A.F.P. COLMENA, ahora PROTECCIÓN S.A. el 31 de octubre de 1995 y se ordene a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional recibido, así como las demás cotizaciones, junto con sus rendimientos, e intereses moratorios y se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que inició cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto Instituto de Seguro Sociales. Que, en el mes de octubre de 1995 recibió en las instalaciones de su puesto de trabajo “Petroil Services Corporation”, la visita de la asesora comercial de PROTECCIÓN S.A., sin recibir una información clara de las características de cada régimen ni de la forma en que se financiaba la pensión. Que la pensión ofrecida por la SKANDIA S.A., constituye una grave afrenta contra el mínimo vital y calidad de vida del afiliado ya que la cuantía otorgada por dicha entidad ser considerablemente inferior a la que le otorgarían de haber permanecido en el RPM administrado por COLPENSIONES. Por último, que solicitó a dicha administradora su afiliación al RPM, recibiendo una respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la solicitud interpuesta el 3 de diciembre de 2020 y la respuesta emitida por Colpensiones. Propuso como excepciones de fondo las de la prescripción y caducidad, cobro

¹ Folios 2- 17 archivo 01 del ED.

² . Folios 3-9 archivo 08 del ED.

de lo no debido, buena fe y demás excepciones posibles de oficio, emanadas de la responsabilidad de la AFP ante ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen.

PROTECCIÓN.S.A.,³ se opuso a las pretensiones del demandante, aceptó los hechos relacionados con la fecha de traslado al RAIS, que el traslado al RAIS, estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando lo alegado es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; en atención a que, no aportó prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. El formulario de afiliación fue constituido de manera libre y voluntaria por el accionante, de igual forma no se pudo considerar un engaño a las expectativas de liquidación de pensión en el año 1995, toda vez que en el año 2015 se expidieron Decretos como el 1555 y el 3099 en los cuales la forma en calcular dicho monto cambió.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominadas o genéricas.

SKANDIA. S.A. Con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que la selección del RAIS por parte del actor fue libre y voluntaria aceptando todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. Indicó, que los gastos de administración esta direccionado a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones

³ Folios 03-30, archivo 10 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

pensionales que conforman el Sistema General de Pensiones y entre las cuales se encuentra Colpensiones, luego dicha comisión no es del afiliado porque tanto en el Régimen de Ahorro Individual como en el Régimen de Prima Media la Ley dispone dicho porcentaje a favor de las administradoras de personas.

Propuso como excepciones de fondo las de 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y genéricas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de julio de 2023, dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 31 de octubre de 1995 con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 1995 y de contera los demás traslados horizontales efectuado a SKANDIA. Condenó a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a Colpensiones a tener como afiliado al actor y gravó únicamente en costas a PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la

falta de información, considerando de igual manera que la administradora incurre en engaño frente al administrado en aquellos silencios que guarda al momento del deber de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber.

Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, el demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Si bien el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, esto no demuestra que se haya hecho con el deber de información como lo indica la sentencia SL 4373 del 2020. La normatividad ha acogido tal deber desde antes de la creación de las AFP por lo que estas eran conscientes de la responsabilidad que tienen con el administrado; por otro lado, aunque se solicita tal cambio entre los 10 años antes de la pensión, esto no exime que se le vaya vulnerado la debida información.

Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL1560 de 2022, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que realizó un estudio de la evolución normativa del deber de la información, expresando que, aunque no haya por parte del afiliado una reclamación o manifestación de inconformidad respecto a su régimen, en nada cambia la ausencia de la correcta información al momento del traslado. Por último, de acuerdo a la jurisprudencia actual ordenó la devolvió de gastos de administración y aportes al Fondo de garantía de pensión mínima y se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones y Skandia S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE a través de su apoderado formuló recurso de apelación de forma parcial contra el ordinal quinto (5) de la sentencia en el cual se condena en costas y agencias en derecho exclusivamente a PROTECCIÓN. Aduce, que SKANDIA Y COLPENSIONES de igual forma deben ser condenas en costas, tal como lo indica el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

La demandada **SKANDIA S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, en lo relativo a la orden de devolución de gastos de administración, manifestó que estos no proceden porque se realizó una gestión administrativa en lo concerniente a las cotizaciones del afiliado, lo que generó rendimientos a la cuenta de ahorros individual del afiliado. Aunado que los mismos no ayudan a la consolidación de la pensión de vejez y que durante el tiempo que estuvo afiliado, le fueron amparadas sus prestaciones como lo son de invalidez y sobrevivencia.

La demandada **COLPENSIONES** en su recurso de apelación argumenta que el demandante no demostró la falta al deber de información, de igual forma estuvo afiliado por veinticinco años al RAIS sin presentar objeción al mismo y decidió realizar el traslado en los últimos diez años antes de su pensión, lo que según la Ley 797 del año 2003 estaría prohibido. Agregó, que al ordenarse el traslado bajo esa continua línea jurisprudencia, podría generarse una descapitalización del Sistema, toda vez, que están financiándose personas cuyos aportes no han financiado el régimen, esto expresa la sentencia T289 del año 2010.

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 Leonel Ruíz Contreras al Régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. De igual forma, si es procedente la condena en costas a las demandadas Colpensiones y Skandia S.A.

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 los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, 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 contrario positivo, 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 (a) 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 COLMENA hoy **AFP PROTECCIONS.A.** el 31 de octubre de 1995 con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 1995, luego se trasladó a SKANDIA el 29 de enero de 2004 con fecha de efectividad del 1 de marzo de 2004 y finalmente regresó a **ING hoy PROTECCIÓN** el 11

de noviembre de 2009 con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2010 hasta la fecha, **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 este 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 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, 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 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 el demandante, la parte actora expresa que no se realizó el debido asesoramiento, por lo que no se concretaría el deber de información por parte de las demandadas, en concreto el actor manifestó que para el año 1995 laboraba en Neiva (Huila) para una contratista petrolera, respecto del traslado

de régimen señaló que se trasladó al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., fue abordado por unos asesores de forma grupal, que la asesora le manifestó que en el RAIS iba a recibir una pensión mayor a la que recibiría al Instituto de Seguro Social y lo haría de una manera anticipada debido a que los fondos tendrían mayores ingresos y aunado que el Instituto de Seguros Sociales iba desaparecer; por lo que ante esta situación firmó el documento; agregó que la asesoría fue muy corta ante la premura de las asesores de regresar a Neiva (Huila) pues la compañía estaba alejada de la ciudad, que desconocían las características del régimen y sobre todo las desventajas de trasladarse de régimen como la pérdida de la transición. Que firmó el documento de manera libre y voluntaria, pero desconocía lo que esto podría acarrear al momento de pensionarse. (conteo de audio 00:30-25:14 archivo 24 del ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que acertó el Juez de instancia en declarar la ineficacia de este, e impartirse 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, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró las AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud de la apelación por parte de SKANDIA S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo que 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, se adicionará la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo de los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración y los valores descontados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas 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.

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 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*».

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 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 afectadas 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 (SL 1363 DE 2022).

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, frente a los argumentos de la parte demandante relativos a que Colpensiones y Skandia S.A. sea condenada en costas de primera instancia, considera la Sala que le asiste razón a la parte recurrente, pues al revisar el actuar de las administradoras durante el curso de litigio, se advierte

que las mismas presentaron oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentaron excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reitero en las demás oportunidades procesales, reiterando lo anterior al momento de presentar el recurso de alzada. En estos términos, se adicionará el ordinal quinto de la sentencia, en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. y a COLPENSIONES en costas de primera instancia a la suma de 1 SMLMV para cada una de ellas y a favor de la parte demandante.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y SKANDIA S.A.S** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR los **ORDINALES SEGUNDO y QUINTO** de la sentencia del 11 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de seguros previsionales, sumas descontadas por las Administradoras de Fondo de Pensiones que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, respecto del ordinal Quinto, se adiciona en el sentido de condenar a SKANDIA S.A. y a COLPENSIONES en costas de primera instancia a la suma de 1 SMLMV para cada una de ellas y a favor de la parte demandante

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-013-2022-00271-01
DEMANDANTE:	ANA PATRICIA PIÑEROS AMÍN.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 5 de septiembre de 2023
JUZGADO:	Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 demandada Colpensiones así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de dicha entidad frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 5 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ANA PATRICIA PIÑEROS AMÍN** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-013-2022-00271-01**.

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

DEMANDA¹

La señora ANA PATRICIA PIÑEOR AMIN a través de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la ineficacia de traslado efectuada al RAIS a través de la PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de lo anterior se ordene a esta última a trasladar todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, que se ordene a la AFP del RPM a recibirlo como afiliado, sin solución de continuidad, todo lo anterior aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó la actora que nació el 13 de octubre de 1969, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM y que posteriormente se trasladó al RAIS, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. que estas sociedades no desplegaron una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ya que se omitió brindarle información completa, clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Que, para a la fecha en la cual se realizó la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Protección S.A y luego Porvenir S.A., no le informaron que el valor de la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no estaba sujeta al comportamiento de la economía y el mercado financiero. Que a la fecha se encuentra vinculada activamente a Porvenir S.A. y no ha solicitado la prestación de vejez.

¹ Folios 1-17 archivo 02 del ED.

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 el traslado realizado por la actora lo fue de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para ese momento se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita la demandante. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como las semanas cotizadas según historia laboral allegado.

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.

PORVENIR S.A.³

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Frente a los hechos aceptó los relativos a la fecha de nacimiento, vinculación al RPM y posterior traslado al RAIS a través de Colmena hoy Protección S.A.

² Folios 1 a 13 archivo PDF archivo 10 del expediente digital.

³ Fs. 2-26 Archivo 09 Expediente Digital

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Añadió, que al momento de la afiliación le informó a la demandante la naturaleza propia del RAIS, donde se le informó que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la pensión se construye con el ahorro pensional que acumula el afiliado, así como de las correspondientes rentabilidades arrojadas durante los años en que efectuó sus aportes.

Propone como excepciones de fondo: buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

PROTECCIÓN S.A.

La administradora privada presentó oposición frontal a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que le brindó a la demandante una asesoría adecuada, técnica, correcta, clara y suficiente sobre todos los aspectos relevantes del RAIS sus características, requisitos y la forma de acceder a la pensión en el mismo, igualmente explicó las diferencias de acceder a la pensión de vejez. Frente a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento de la actora y la data en que se trasladó del RPM al RAIS.

Propuso como excepciones de fondo, la que denominó; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de septiembre de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS el 25 de julio de 1995 con fecha de efectividad el 1° de agosto de 1995, a través de la AFP Protección S.A.; como consecuencia condenó a Protección S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, condenó a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *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 **COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación, adujo que es un tercero que no intervino en el acto juicio del traslado de la actora del RPM al RAIS, que luego de veinte años no es posible que una afiliada pretenda devolverse a Colpensiones por el solo hecho de incrementar su mesada 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 ANA PATRICIA PIÑEROS AMIN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN 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 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 **PROTECCIÓN S.A. ni tampoco PORVENIR S.A.** quien 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 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 la demandante firmó la solicitud de vinculación ante COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 25 de julio 1997 con fecha de efectividad del 1 de agosto del mismo año y luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 10 de agosto del año 2000 con fecha de efectividad a partir del 1 de octubre del mismo año permaneciendo en dicha administradora hasta la actualidad (pág. 99 archivo 09 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 los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados,

independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la actora a **PROTECCIÓN S.A. y luego 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 las AFP demandadas 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, 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 las demandadas, pues la actora manifestó que es diseñadora de modas y joyera, que el 25 de julio de 1995 se trasladó a Colmena hoy Protección S.A., que entro a laborar en industria INCA donde labora actualmente, que dicha empresa programó una reunión atendiendo que lo que se rumoraba era que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer y el futuro era pensionarse a través de las administradoras de fondo privado. Adujo, que el asesor de Colmena dio una chara muy general y solo se enfocó en señalar que el régimen de prima media con prestación definida iba a desaparecer, que dicha reunión fue dada a todos los empleados por parte del asesor y fue muy corta. Señaló que, en agosto del año 2000, se trasladó horizontalmente a Porvenir S.A., por intermedio de un vecino que era asesor de dicha administradora, sin recibir tampoco asesoría alguna acerca de las características de cada régimen, ni la forma en que se financia la pensión de vejez en el RAIS. (Min. 00:05:41-30:09 archivo de audio 23 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, así como 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 las AFP durante el tiempo en que estuvo vinculada la 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 SL17595-2017, SL4989-2018, y en la 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 acertada la decisión de la A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, y aportes al fondo de garantía mínima, no obstante, no debe pasarse por alto que el Juzgado de Conocimiento omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino a los seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia. 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, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de 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 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 de la 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 la demandante.

En lo atinente a la prescripción, alegada por las AFP demandadas, 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. Se imponen costas a cargo de COLPENSIONES incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMLMV al momento de su pago, a cargo de cada una.

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 5 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** también reintegrar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado a seguros previsionales por

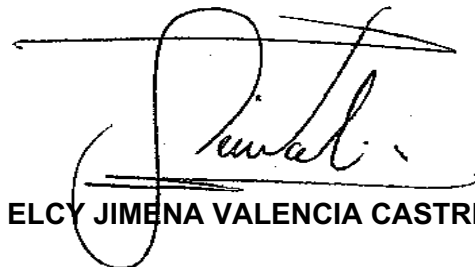
invalidez y sobrevivencia. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-014-2021-00379-01
DEMANDANTE:	MARÍA TERESA BERNAL RIAÑO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 29 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	Adiciona

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 29 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA TERESA BERNAL RIAÑO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PORVENIR S. A.**, con radicado No. **11001-31-05-014-2021-00379-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que el acto de afiliación a PORVENIR S.A., estuvo mediado por error, y que por ello se encuentra viciado por nulidad al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida sobre las modalidades de pensiones en el RAIS entre otras. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la administradora privada a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados junto con sus respectivos rendimientos, así mismo, se ordene al pago de perjuicios morales ocasionados por la angustia generada por verse presionada a iniciar un proceso, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 3 febrero de 1964 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Que, el día 9 de mayo de 2001, fue abordada por un asesor de Porvenir S.A., quien la indujo a trasladarse al RAIS, sin informarle acerca de las características del régimen y de la forma en que se financia la prestación de vejez en dicho régimen. Adujo, que el asesor le informó que podría pensionarse en diez años, sin importar ni las semanas como la edad. Que elevó reclamación de traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A., con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.²**

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación al RPM.

Propuso como excepciones de fondo; las de inoponibilidad de la responsabilidad de la administradora colombiana de pensiones-Colpensiones, en

¹ Folios 1- 14 archivo 04 del ED.

² . Folios 99-121 archivo 17 del ED.

casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia del traslado de régimen del pensionado, innominada o genérica.

PORVENIR S.A.,³ con frontal oposición a las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, afiliación al RAIS y las semanas efectivas cotizadas desde el mes de junio de 2001. Adujo, que la afiliación o traslado suscrito ante la administradora privada, no se encuentra viciada por error, fuerza o dolo, por el contrario, se realizó conforme a los lineamientos de libre escogencia y voluntad del afiliado.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, innominada o genérica y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de junio de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 9 de mayo de 2001, condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones de manera indexada, además absolvió a las demandadas de los perjuicios morales y las condenó en costas procesales.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al

³ Folios 01-35, archivo 14 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos, gastos de administración indexados y sumas adicionales, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros mencionados y a afiliar a la demandante sin solución de continuidad. Por último, al no encontrar probado perjuicio alguno absolvió a la pasiva de dicha condena.

RECURSO DE APELACIÓN

La administradora **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación contra la integralidad de la sentencia, bajo el argumento que para la época que se efectuó el traslado no existía el deber legal de entregar soportes documentales diferente al formulario de afiliación. Sostuvo, que la actora es profesional del derecho, y por tal motivo conocía de las características de cada régimen, sin que pueda alegar ignorancia de la ley frente a las consecuencias legales del traslado entre regímenes y la forma en que se financia la pensión de vejez en el RAIS.

COLPENSIONES por su parte, indicó que el traslado que realizó la demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho y de acuerdo a las normas vigentes para la época, no siendo viable la exigencia de proyecciones ni suministrar otra información. Argumenta que, si bien en el proceso no se exigió una prueba documental, lo cierto es que los fondos no cuentan con la información de los asesores de la época, por lo que debía entenderse que se cumplió con el deber de información. Que, no es de recibo

que la actora pretenda devolverse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con base a una mesada pensional superior a la proyectada en el RAIS.

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 MARÍA TERESA BERNAL RIAÑO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo 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 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 ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, 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 (a) 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** el 9 de mayo de 2001 con fecha de efectividad a partir 1 de julio de 2001. (pág. 91 archivo 014 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 las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 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, 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 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, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de PORVENIR, que el asesor se reunió con los cocineros por espacio de cinco a diez minutos en el restaurante donde laboraba, que el ISS iba a desaparecer y por tanto se perdería su dinero y las semanas cotizadas. Que el asesor le manifestó que en el RAIS iba a recibir una pensión mayor a la que recibiría al Instituto de Seguro Social, siendo insistente en la liquidación de la administradora Estatal; por lo que ante esta situación firmó el documento; la asesoría fue corta, les mostró el formulario y les dijo que el Fondo funcionaba igual que el ISS. Adujo, que solamente reviso los datos personales antes de firmar el respectivo formulario. Por último, que estudio derecho, pero nunca ha ejercido la profesión de derecho, siendo su pasión y actividad productiva la gastronomía, desempeñándose como chef. (archivo 036 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, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse 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, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, se revisa este aspecto, en virtud de la apelación por parte de PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, para lo que

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, se debe adicionar la decisión del *A quo* en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas 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.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la 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 afectadas 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 en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.S** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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:

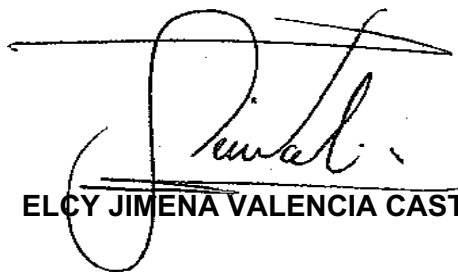
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia del 29 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito en el sentido de indicar que PORVENIR S.A., deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas

debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, 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 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

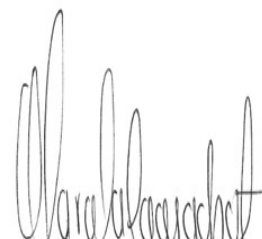
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	110013105015-2020-00266-01
DEMANDANTE:	PAUL MARCELO PRIETO VALENCIA.
DEMANDADO:	GRUPO T&T S.A.S., LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GARZÓN Y JAVIER ANDRÉS HURTADO ARIZA
ASUNTO:	Apelación Sentencia 10 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **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 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada en contra de la sentencia del 10 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **PAUL MARCELO PRIETO VALENCIA** contra **GRUPO T&T S.A.S., LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GARZÓN Y JAVIER ANDRÉS HURTADO ARIZA**. con radicado No. **110013105016-2020-00266-01**.

CUESTIÓN PREVIA.

Antes de proceder a dictar el correspondiente fallo, esta Sala de Decisión procede a resolver la petición de desistimiento elevada por la parte demandante,

a través de correo electrónico enviado a la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de fecha 30 de mayo de 2023. Ahora bien, es de señalar que mediante providencia fecha del 8 de septiembre del año en curso se admitió los recursos elevados por las partes y así mismo se le corrió traslado a la parte demandada de la solicitud de desistimiento, vencido el término de ejecutoria del Auto y transcurridos los tres días de que trata el numeral 4 del art. 316 del Código General del Proceso, la demandada guardo silencio.

En consecuencia, en atención al artículo 316 de norma ídem, aplicable en material laboral por disposición expresa del artículo 145 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, se **ACEPTA** el desistimiento del recurso presentado por la parte actora Paul Marcelo Martínez Garzón.

Agotado lo anterior, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que con la sociedad GRUPO T&T Y S.A.S. celebró un contrato de trabajo a término indefinido desde el mes de octubre de 2015 hasta el 12 de febrero de 2020, como consecuencia de lo anterior se condene al pago las acreencias laborales dejadas de pagar, como prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, trabajo suplementario, que su último salario ascendía a la suma \$3.300.000, que se ordene la reliquidación salarial y prestacional de acuerdo a su verdadero salario, que se condene al pago de trabajo suplementario, a la indemnización por despido sin justa causa y a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, al pago de intereses moratorios por el no pago completo de los aportes a la seguridad social por los años 2015 a 2020, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar al servicio del GRUPO T&T S.A.S a través de una temporal inicialmente y luego

Archivos 01 y 03 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

contratado directamente en los diferentes establecimientos de comercio de propiedad de la sociedad demanda, entre los que se encuentran Petra, la Doña, Toni-K, la Catrina, Tabú, Morena, Clandestino, entre otros. Adujo, que el horario a cumplir era de miércoles a sábado de siete de la noche (7: 00 p. m) a tres (3:00 a.m.) de la mañana, y los días domingos y festivos en el mismo horario. Que devengó, los salarios de \$2.600.000 para el año 2016, \$2.840.000 para el año 2017, y para el año 2019 la suma \$3.300.000, siendo su último salario.

Refirió, que el 12 de febrero de 2020, presentó carta de renuncia debidamente motivada alegando acoso laboral y hostigamiento por parte de Omar Rentería administrador del establecimiento de comercio donde laboraba como DJ. Señaló, que era hostigado y amenazado que si las ventas no eran exitosas la responsabilidad recaía en el demandante, recibiendo improperios y malos tratos.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

GRUPO T & T S.A.S² con frontal oposición a las pretensiones de la demanda exceptuando la existencia del contrato de trabajo, adujo que no adeuda pago de prestaciones sociales, trabajo suplementario o vacaciones. Frente al despido señaló que no es cierto lo señalado por el actor en el escrito introductorio.

Formulo la excepción de prescripción.

LUIS ALFONDO MARTÍNEZ GARZÓN y JAVIER ANDRÉS HURTADO ARIZA, a través de apoderada judicial se opusieron a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que no fungieron como empleador del demandante ni tampoco existió contrato de trabajo entre el periodo comprendido de octubre de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

Elevaron las excepciones que denominaron, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.

²Archivos 08 y 11 expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de marzo de 2023, declaró que entre el demandante y la empresa GRUPO T&T S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 16 de octubre de 2015 y el 12 de febrero de 2020, que finalizó por la ficción jurídica de despido indirecto, acto seguido condenó a la sociedad al pago de intereses a las cesantías, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y a la indexación de las sumas reconocidas, absolvió a los demandados Alfonso Martínez Garzón y Javier Andrés Hurtado Ariza de todas las pretensiones elevadas, y condenó en costas a la sociedad T&T S.A.S.

Como fundamento de su decisión, inició por señalar que la demandada aceptó la prestación de servicio del actor para el cargo de DJ, y que no adeuda salarios ni aportes al Sistema General de Seguridad Social. Así mismo, aportó al plenario el certificado que constata que el actor laboró al servicio de la demandada desde el 16 de octubre de 2015 hasta el 12 de febrero de 2020. Por tanto, declaró la existencia de un contrato de trabajo en los extremos atrás mencionados.

Frente al salario que aduce el actor ascendía a la suma de \$2.600.000 para los años 2015 y 2016, que aumentó para el año 2017 por valor de \$2.840.000 y que su último salario ascendió a \$3.300.000. Adujo, que la pasiva negó tales salarios e indicó que su salario ascendía a la suma de 1 SMLMV. Señaló, que conforme a las pruebas aportadas al plenario no son suficientes para demostrar los salarios referidos en el escrito introductorio. En consecuencia, ante la evidente orfandad probatoria estableció que el salario devengado ascendía al salario mínimo mensual legal vigente en cada año laborado, por sustracción de materia negó cualquier pretensión tendiente a obtener el pago de reliquidación de salarios y prestaciones conforme a los salarios deprecados.

Explicó, que la pasiva no demostró la totalidad del pago por prestaciones sociales, vacaciones y el último mes de salario, empero atendiendo a la liquidación de prestaciones que allegó la parte actora con la demanda, procedió a compensar y liquidar los saldos pendientes a favor del trabajador. Frente a las cesantías consignadas al respectivo Fondo, adujo que la demandada efectuó los pagos, pero por una suma inferior al Salario Mínimo legal Mensual Vigente, circunstancia similar en lo relativo al pago de prima de servicios, por lo que consideró que era procedente el pago de las diferencias adeudadas.

Negó, el trabajo suplementario bajo el argumento que del dossier probatorio no se puede extraer que laboró más allá de la jornada ordinaria. Tuvo por procedente la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, bajo la premisa que no existe buena fe de la pasiva Grupo T&T S.A.S al efectuar un pago deficitario de cesantías por una suma inferior al SMLMV. Aunado, que la demandada si bien realizó un pago de consignación de lo que se consideró deber a la finalización del contrato el 11 de agosto de 2020, lo cierto es que no existe prueba de que informó al trabajador la existencia del depósito judicial a ordenes de un juzgado.

De otro lado, encontró probados los motivos expresados por el trabajador en la carta de terminación de la relación laboral, pues la empresa venía incumplimiento con sus obligaciones laborales, como el correcto pago de cesantías. Absolvió a las personas naturales Alfonso Martínez Garzón y Javier Andrés Hurtado Ariza al evidenciar que no fungieron como empleadores, y frente a la solidaridad indicó que no resulta extensiva pues se trata de una sociedad por acciones simplificada.

RECURSO DE APELACIÓN

La anterior decisión no fue del agrado de la pasiva, formuló tres inconformidades en específico. La primera respecto del extremo inicial de la relación laboral. Aduce que dentro del dossier probatorio obra un documento que permite inferir que, para el 16 de octubre de 2015, el actor se encontraba vinculado en otra empresa. La segunda glosa frente al salario tomado por Juez

a quo para liquidar las prestaciones sociales, aduce que las pruebas recaudadas no son suficientes para declarar que el salario corresponde a un SMLV y por último **el tercer** reparo en lo concerniente a la indemnización moratoria, aduce que no hay lugar a dicha condena pues constituyó un depósito judicial a favor del demandante con un saldo a favor, por prestaciones sociales.

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

Los problemas jurídicos que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si acertó el Juez de instancia al establecer como extremo inicial el día 16 de octubre de 2015, si se equivocó al fijar como salario la suma de un SMLMV en cada año laborado y si hay lugar a la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

No es materia de debate dentro del presente asunto; que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, y que finalizó el 12 de

febrero de 2020. No obstante, fue motivo de censura el extremo inicial del contrato laboral declarado, dado que la parte demandada recurrente, afirma que el certificado laboral no fue expedido por el Grupo T&T S.A.S., sino por otra sociedad.

EXTREMO INICIAL

Pues bien, lo primero que resalta la Colegiatura es que, en tratándose de declaración de contrato de trabajo, le compete al trabajador, además de demostrar la prestación del servicio, **acreditar los extremos temporales**, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho del despido de ser el caso, entre otros. (ver sentencias SL12609-2017, SL16110-2015).

Revisado el material probatorio denunciado como mal valorado, para la Sala, no emerge duda que el vínculo laboral declarado inició el 16 de octubre de 2015, tal conclusión se deriva de la documental aportada por la misma recurrente obrante en la pág. 32 del archivo 8 del cartapacio digital. Auscultado el certificado suscrito por la Coordinadora de Talento Humano, se constata que el actor prestó sus servicios en el establecimiento Petra a partir del 16 de octubre de 2015 desempeñándose como DJ.

Es de anotar que, sobre este tipo de certificaciones expedidas por el empleador, la jurisprudencia ha mencionado que el operador judicial debe darle credibilidad a lo allí contenido. Máxime si da razones de extremos temporales, actividad desempeñada y salario. Correspondiendo al dador de laborío acreditar contundentemente que lo allí registrado no corresponde a la realidad.

Así en la sentencia SL 6621-2017, dijo:

“Esta línea de pensamiento, es oportuno resaltar que esta Corporación, respecto a los hechos expresados en los certificados laborales, ha sostenido que deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad. Por ejemplo, en sentencia SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar.

1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 Y SL 38666, 30 abr. 2013, señaló:

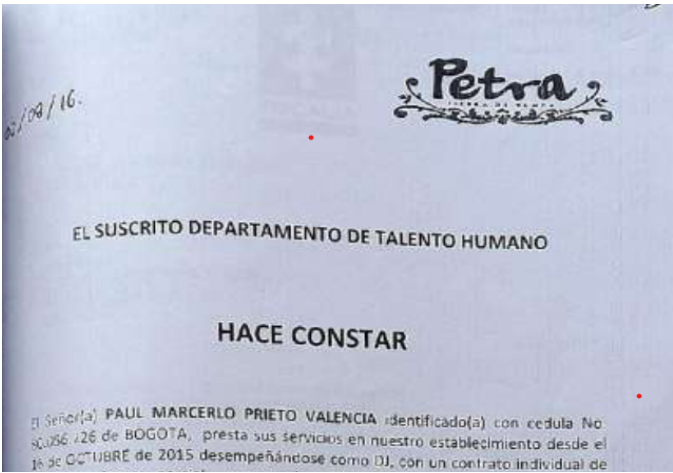
«La fuerza de los anteriores medios de convicción que viene del hecho de que en tres ocasiones se certificara el extremo inicial del vínculo laboral, como también de que proviniera de esas dos sociedades –diferentes de por sí-, permitía infirmar y dejar sin piso la declaración que hizo el promotor del juicio en el interrogatorio de parte vertido en el Consulado General de Colombia en los Estados Unidos. Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló: El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral».

Igualmente, en la sentencia SL 2600-2018 dice que:

PROCEDIMIENTO LABORAL» PRUEBAS» DOCUMENTO» VALOR PROBATORIO DE LAS CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR EL EMPLEADOR - Se debe tener como un hecho cierto el contenido de las certificaciones expedidas por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, la carga de probar en contra de lo certificado corre por su cuenta -el juez debe acentuar el rigor de juicio valorativo”.

Por otro lado, la recurrente desacredita el certificado aportado en la misma contestación, aduciendo que está suscrito por una empresa diferente al Grupo T&T S.A.S, argumento que no se asemeja con la realidad ni con lo probado en el proceso, pues tal como fuere aceptado por la propia demandada en la contestación el establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad se

denomina PETRA, situación que se corrobora con el certificado de existencia y representación de la sociedad GRUPO T&T S.A.S. en la que se registra que tiene matriculado el establecimiento de comercio PETRA con renovación de matrícula el 27 de julio de 2020. (pág. 17 a 20 archivo 01 del ED), véase:



OBLIGACIONES PERSONALES. CERTIFICA:
QUE LA SOCIEDAD TIENE MATRICULADOS LOS SIGUIENTES ESTABLECIMIENTOS:
NOMBRE : PETRA GALERIAS
MATRICULA NO : 02636190 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2015
RENOVACION DE LA MATRICULA : EL 27 DE JULIO DE 2020
ULTIMO AÑO RENOVADO : 2020
DIRECCION : CR 27 NO. 52 - 46
TELEFONO : 7042639
DOMICILIO : BOGOTÁ D.C.
EMAIL : MAKYYYY@HOTMAIL.COM

Por las razones explicadas, reitera la Sala que la recurrente no logra derribar la conclusión a la que llegó el Juez de primera instancia, al señalar como lo hizo el extremo inicial, valga decir 16 de octubre de 2015. Por lo anterior, se confirma este punto de controversia.

SALARIO

Sobre este punto, vasta decir que no le asiste razón a la demandada al señalar que el salario devengado por el actor durante el tiempo que laboró no corresponde al salario mínimo mensual legal vigente, pues con el solo hecho de ojear la contestación de la demanda confesó que efectuaba aportes al Sistema General de Seguridad Social conforme al salario devengado por el señor Prieto Garzón que correspondía al SMLMV. Lo anterior, se corrobora con los siguientes documentales; (i) certificado de aportes al sistema de seguridad social por el

periodo febrero a marzo de 2020, en la que se evidencia que el salario base de cotización corresponde a \$877.802, (ii) certificados de aportes por los periodos de junio, noviembre, marzo y diciembre del año 2019, que constata que el salario base de cotización corresponde al salario mínimo de la época, equivalente a la suma de \$828.116. (ii) comunicación dirigida al Juez Laboral del Circuito de Bogotá, en la que pone a disposición la correspondiente liquidación de prestaciones sociales y vacaciones, señalando que su último salario correspondió a la suma de \$877.802, equivalente al salario mínimo mensual vigente para el año 2020.

Así las cosas, falló la recurrente en demostrar un salario diferente al declarado por el Juez de instancia, pues conforme a la jurisprudencia patria si no es posible obtener el promedio de lo percibido por el trabajador y este cumple jornada laboral completa como se demostró es viable establecer como monto de la retribución un salario mínimo legal mensual vigente. Véase la sentencia SL 1880-2023. No prospera el cargo sobre ese punto.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Dispone el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo que, a la terminación del contrato de trabajo, el empleador debe pagar al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes; de lo contrario, deberá pagar a título de indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Así mismo, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que la indemnización moratoria no opera automática ni inexorablemente, sino por el contrario pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, de suerte que recae en cabeza de éste la verificación de la conducta asumida en cada caso por el empleador a través de los medios probatorios específicos de la situación litigiosa, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe.

Adicionalmente se ha dejado sentado en cuanto al pago de las acreencias debidas por medio de título de depósito judicial, que “(...) *no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento*”. (HCSJ SL Radicado No. 28.090 del 20 octubre de 2006, reiterada en la sentencia SL4400-2014).

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas se tiene; que la consignación que efectuó la sociedad encartada el 11 de agosto de 2020, correspondió a una consignación por prestaciones sociales y que la llamada a juicio, el mismo día la puso a disposición del Juez Laboral del Circuito (Reparto) sin exhibir restricción alguna para su entrega, sin embargo, no le comunicó al demandante la existencia del título y del juzgado a quien le correspondió la entrega del mismo.

En ese orden, se considera que no existe justificación alguna que exima a la demandada de la demora presentada en el pago de las prestaciones sociales debidas a su trabajador, por lo menos hasta el momento en que se realizó el depósito judicial, empero como no le comunicó de la existencia del título no se puede entender que actuó con buena fe.

En efecto, en este estadio del proceso, no se trae a duda que la sociedad demandada pagó deficitariamente al demandante lo correspondiente a prestaciones sociales durante el tiempo laborado, lo cual, conlleva, al empleador acreditar que su comportamiento abstencionista estaba respaldado por razones atendibles y justificables, es decir, si en el plano de la realidad, existieron circunstancias **serias, objetivas y atendibles**, que le impidieron o condujeron al no pago completo, lo cual no ocurrió.

La sanción moratoria por no pago o pago deficitario de prestaciones en su teleología están concebidas como una obligación **de carácter sancionatorio**, es decir, destinadas a castigar el proceder irrestricto del empleador, en el impago e incumplimiento de las garantías y mínimos a que tiene derecho el trabajador, de ahí que **lo irrisorio de la condena no exonere al empleador de su pago**, ya que tal facticidad no es un criterio orientar que sirva de eximente de responsabilidad, ni para el establecimiento del quantum. Al respecto, puede consultarse el criterio sentado de antaño por la CSJ SL, entre otras en sentencia del 11 de julio de 2006, rad. 26077, con ponencia de la Dra. Isaura Vargas Díaz.

En síntesis, conforme a la prueba recaudada no se advierte siquiera un resquicio de buena fe contractual por parte de la entidad empleadora, pues itérese no comunicó al demandante de la existencia del título judicial y durante el tiempo que duró la relación laboral realizó pagos deficitarios de prestaciones sociales. Por tanto, el cargo tampoco prospera.

En consecuencia, ante el fracaso de la apelación se confirma íntegramente la sentencia de primer grado y conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, se condena en costas de esta instancia a la recurrente vencida. Se fijarán como agencias en derecho 1 SMLMV a favor del 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 INTEGRAMENTE la Sentencia del 10 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

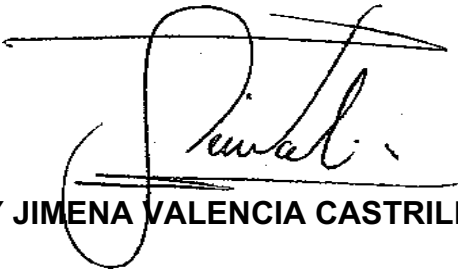
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

TERCERO: ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación elevado por la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	1001310501620210030801.
DEMANDANTE:	ELIZABETH CASTRO DÍAZ.
DEMANDADO:	DISEÑO FRANCES S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 30 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Deciséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Indemnizaciones Moratorias
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, Treinta y Uno (31) de Octubre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **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 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 30 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Deciséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **ELIZABETH CASTRO DÍAZ** contra **DISEÑO FRANCES S.A.** con radicado No. **1001310501620210030801**.

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

DEMANDA¹

La señora Elizabeth Castro Díaz pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de mayo de 1996, además señala que la sociedad demandada la obligó a aceptar el pago ante el sistema de seguridad social sobre el salario mínimo, desconociendo el salario realmente pagado en el marco de la relación de trabajo y como consecuencia de lo anterior solicita se condene a la demandada a la afiliación al sistema de la seguridad social, la reincorporación dentro de la empresa, que se condene al pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, en relación a la diferencia del salario mínimo sobre el cual se realizó a la cotización y el valor del IBC aplicable que sería el salario devengado en cada periodo desde el mes de julio de 2012, al pago de salarios, los beneficios producto de la afiliación a la caja de compensación familiar, prestaciones sociales, vacaciones, a la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, que se falle ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones; manifestó la actora que ingresó a laborar el 1 de mayo de 1996 con un contrato de trabajo a término indefinido, y que desde el año 1999 se han presentado irregularidades en el pago de los aportes a la seguridad social a pesar de las deducciones efectuadas por la empleadora. Indicó, que en el año 2012 el señor Moisés Zambrano Lugo, en calidad de representante legal le solicitó que se afiliará como independiente bajo el argumento que la empresa se encontraba con deudas y que la afiliación como independiente solo sería mientras lograba saldar los pasivos, por lo que desde ese momento se empezaron a realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social de manera independiente y sobre el salario mínimo, salario que no era el real.

Señaló, que en el año 2017 la empresa volvió a cotizar a seguridad social de manera normal y en 2020 volvió a cotizar como trabajadora independiente hasta la fecha de terminación de la relación, sin embargo, la empleadora tampoco

¹ Pág. 1-31 archivo 01 del Expediente Digital.

le ha proporcionado el dinero para cancelar los aportes bajo la supuesta figura de trabajadora independiente y tampoco ha podido seguir cotizando debido a que no tiene recursos, por causas como el fallecimiento de su esposo.

Adujó que COLPENSIONES ante el no pago de los aportes del sistema de seguridad social en pensiones inició un proceso de cobro coactivo y que a pesar de las diferentes solicitudes a la empresa demandada de que realizara dichos pagos, esta no los hizo.

Refirió que el 25 de agosto de 2020 la empresa le informó que le pagarían el 50% de su salario debido a la pandemia del COVID-19, por lo que manifestó que su relación laboral se ha enmarcado dentro del maltrato psicológico y desprotección laboral. Por último, la empresa no ha realizado el pago de vacaciones de los años 2018 a 2020, primas de servicios de los años 2019 y 2020, cesantías ni tampoco intereses de éstas desde el año 2018 y también adeuda salarios desde el mes de octubre de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **DISEÑO FRANCES S.A.**², expresó oposición frente a las pretensiones de la demanda, exceptuando la existencia del contrato de trabajo y aclaró que el contrató finalizó el 22 de diciembre de 2021. Adujo, que la trabajadora aceptó que se realizará los cambios de trabajadora dependiente a independiente para el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social sin que hubiere presentado oposición. Por último, que se opone a las demás acreencias laborales pues la empresa no tiene capacidad de soportar una trabajadora ante la crisis económica.

Frente a los hechos, señaló que fue la misma trabajadora que insinuó que se afiliara como independiente, por cuanto la empresa atravesó una “encrucijada” por un desorden en las nóminas que solucionó a través de un trámite ante la UGPP. Negó, que se le adeuden acreencias laborales a la demandante, pues el

² Pág. 1-14 archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

22 de diciembre de 2020 se le comunicó de la terminación de su contrato y le pagó un abono de sus salarios.

Propuso como excepción de fondo la que denominó; Terminación del contrato por justa causa: caso de fuerza mayor y caso fortuito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de marzo de 2023, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 1° de mayo de 1996 hasta el 22 de diciembre del año 2020. Condenó a la demandada al pago de salarios adeudados desde octubre de 2019 a diciembre de 2020, prestaciones sociales, vacaciones, a la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria del artículo 65 del CST y cotizaciones al sistema de seguridad social. Declaró no probadas las excepciones y gravó en costas a la demandada.

Como fundamento de su decisión, en primera medida declaró la existencia de una relación laboral entre las partes y que la terminación de dicho vínculo fue sin justa causa, en razón de qué manera alguna se le expuso las razones, causas o motivos de la terminación del contrato, lo que conforme al artículo 62 del CST debe hacerse al momento de la finalización del vínculo, aunado a que la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito (pandemia) aludidas por la demandada no corresponde a alguna justa causa, ya que si bien existen algunas causas objetivas de terminación del contrato previstas en el artículo 61, estas no excluyen de la indemnización por despido sin justa causa, entonces, la mera enunciación de la situación de la pandemia no es causa justa para la terminación del contrato. Estimó, que le correspondía a la empleadora demostrar que realizó pagos por salarios, prestaciones sociales, vacaciones y las diferencias adeudadas en los pagos por los tiempos que la actora aduce que se adeudan, sin embargo, desde la misma contestación la pasiva aceptó que por la crisis económica dejó de pagar dichos emolumentos, por tanto, ordenó su pago.

Respecto a las indemnizaciones deprecadas en la demanda, señaló que estas no operan de manera automática y le corresponde al Juez con los elementos probatorios recaudados verificar si la actuación omisiva de la empleadora estuvo revestida de buena fe, sin embargo, llegó a la conclusión que la mera crisis o una situación financiera difícil no constituye un aspecto de buena fe, ya que no puede afectar los derechos mínimos del trabajador. Aunado, que la pasiva solo se limitó a señalar que por pandemia dejó de pagar salarios y prestaciones, sin embargo, se demostró que su omisión es anterior desde inicio de dicha contingencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación de forma parcial por no encontrarse conforme con la sentencia respecto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y el artículo 99 de la ley 50 de 1990, en el sentido de que el despacho no encontró el motivo suficiente para sustentar la buena fe de la entidad, sin embargo, desconoció circunstancias como la pandemia y el receso económico que esta generó, por lo que consideró que la única alternativa era iniciar un proceso de insolvencia y que además no puede perderse de vista la cantidad de empresas que entraron en proceso de reorganización o liquidación.

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

El problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si no hay lugar a la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y a la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al demostrarse que el actuar omisivo de la empleadora estuvo justificado ante la difícil crisis económica y financiera que atravesó la empresa durante la pandemia por COVID 19.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

No es materia de debate dentro del presente asunto; que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de mayo de 1996 hasta el 22 de diciembre del año 2020.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Respecto las indemnizaciones moratorias establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo de Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, es bien sabido que estas no operan de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador (Sentencia SL.16572-2016), en otras palabras le corresponde al Juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de sus obligaciones laborales, para efectos de determinar la procedencia o no de la misma, es decir, la forma en que se ejecutó la relación de trabajo entre las partes

que es lo que determina si el empleador actuó desprovisto o no de buena fe, a cita de ejemplo véase las sentencias SL1166-2018, SL1430-2018 y la SL2478-2018.

Es de señalar, que el auxilio de cesantía se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (sentencia CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393), mientras que el de la sanción moratoria nace en los términos del citado numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ello a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, es decir, desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda las cesantías causadas y que se dejó de consignar, por ende, su exigibilidad emerge desde tal día, puesto que así lo dispone dicha preceptiva legal.

Al respecto, pertinente es recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL, 1° feb. 2011, rad. 35630, reiterada en la decisión CSJ SL2512-2020, cuando sobre el particular precisó:

“El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

“La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

“Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el

empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral”. (Subrayas fuera del texto).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a *“obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud* (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45.175”).

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, para los casos en que realmente se adeuda salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, es la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente se advierta que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, rememorada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

En sub examine, la pasiva insiste en que las circunstancias de tipo financiero por las que atravesaba la entidad, eran de conocimiento de la demandante, por lo que, una vez analizada el soporte probatorio aportado al proceso, no se encuentra prueba alguna que permita concluir dicha situación, pues si bien es cierto la pandemia inició el 12 de marzo de 2020, siendo decretada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de la Resolución No. 385, también es cierto que la empleadora adeudaba salarios y prestaciones anteriores al inicio del estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19, en **específico** salarios desde octubre de 2019, cesantías desde el año 2018, intereses a las cesantías desde el año 2018, primas de servicios del año 2019, vacaciones desde el 1 de mayo de 2018 y aportes a seguridad social por el periodo del 1° de abril de 2006 hasta febrero de 2008, de

febrero de 2009 hasta junio del año 2012 y 1 de septiembre de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2020.

Por otro lado, no se equivocó el Juez de instancia al señalar que no puede la empleadora alegar como justificación en su actuar omisivo la difícil crisis económica y financiera que atravesó la empresa como consecuencia de decisiones administrativas, pues tales determinaciones no pueden ser oponibles a los trabajadores, pues desconocería sus garantías laborales, máxime que la gravedad de la conducta patronal se acentuaba si se tenía en cuenta que además de la demora prolongada en la retribución de los servicios, se presentaba la misma situación respecto de los aportes a la seguridad social, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 28 del CST, así como las sentencias CSJ SL3159-2019 y CSJ SL1186-2019, toda vez que el empleador estaba obligado a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de los créditos que son su obligación pagar al empleado.

Así las cosas, La crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales. Criterio anterior, reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 624-2023, que instruyó lo siguiente:

“De otra parte, ya que los recurrentes pretenden valerse de problemas financieros al momento de culminación del contrato de obra, debe recordarse que, razones de tipo económico o de crisis financiera no son atendibles para justificar la omisión en el cumplimiento de las obligaciones del empleador, ni permiten descartar su mala fe en la forma de ejecución de la relación de trabajo, tal como lo ha sostenido esta Sala, por ejemplo, en decisión CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 38189, reiterada en CSJ SL1885-2021:

En primer término, es preciso señalar que la discusión se enfoca en establecer si el incumplimiento de la entidad universitaria en el pago de las obligaciones laborales, que se encuentra fuera de discusión desde la contestación de la demanda, lleva a concluir con el superior que el actuar de la demandada no estuvo asistido de la buena fe, habida cuenta que

no demostró el pago total de las prestaciones sociales...o, con la demandada recurrente, que no puede endilgarse mala fe ... al tardarse en el pago de tales sumas, ...pues mi representada no sólo ha reconocido tal obligación, sino que en la medida de la situación financiera de la empresa, realizó los primeros pagos que se vieron interrumpido(sic) por la presentación e inicio de la demanda.

No aparece en modo alguno justificable del incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales las dificultades financieras que pudiere afrontar un empleador, y, menos aún, como en el sub lite, que no honre sus propios compromisos resultantes de un acuerdo realizado con las demandantes posterior a su incumplimiento inicial; además, que disculpe la falta de cancelación del saldo insoluto en la acción judicial a la que se vieron obligadas a incoar las actoras para reclamar el pago total de sus acreencias.

Dista la conducta de la demandada de un proceder ajustado a la buena fe que la ley demanda de los contratantes y que exige al empleador que, sin dilaciones ni excusas, responda a sus deberes contractuales en la oportunidad debida y en las sumas que con suficiencia paguen las obligaciones dinerarias resultantes del vínculo que ató a las partes”.

Como si lo anterior no fuera suficiente, la pasiva solo inició proceso de reorganización empresarial, adjudicación o liquidación judicial solo hasta el año 2022 (Auto No. 460 del 27 de enero de 2022), es decir que para la fecha de terminación del vínculo laboral (22 de diciembre de 2020), la accionada no se encontraba en proceso de reorganización, tal como da cuenta el certificado de Cámara de Comercio expedido el 3 de marzo de 2023 (archivo 010 del expediente digital); y al no encontrar prueba alguna que permita inferir la crisis económica por la que atravesaba la entidad, no queda otra salida que confirmar las sanciones moratorias impuestas a la accionada.

Por tanto, el cargo no prospera.

En consecuencia, ante el fracaso de la apelación se confirma íntegramente la sentencia de primer grado y conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, se condena en costas de esta

instancia a la recurrente vencida. Se fijarán como agencias en derecho 1 SMLMV a favor de la 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;

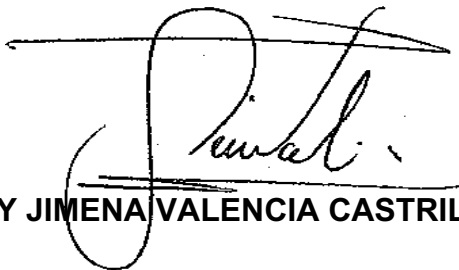
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) 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 recurrente vencida. Inclúyanse como agencias en derecho una suma a un 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-017-2018-00532-01
DEMANDANTE:	AIDA DEL SOCORRO CORREA ARCILA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 18 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 SKANDIA S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) 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 **AIDA DEL SOCORRO CORREA ARCILA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-017-2018-00532-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS realizado a través de COLFONDOS S.A. y que tiene derecho a permanecer afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; como consecuencia de ello, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar en el menor tiempo posible los aportes realizados por ella; se condene a COLPENSIONES a recibir el traslado de los aportes efectuados ante COLFONDOS S.A., así como a actualizar su historia laboral, una vez reciba dichos dineros; 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 8 de diciembre de 1.961, motivo por el cual a la fecha cuenta con 56 años. Que se afilió al RPM el 15 de marzo de 1.985. Que laboró con Capitalizadora Colpatria S.A., sociedad en donde un asesor de la AFP Colpatria la afilió al RAIS, el día el 14 de junio de 1.994; ello, sin recibir información clara de las características del mismo, ni de la forma de pensión que obtendría en dicha administradora. Que no existió asesoría por parte de la AFP, en tanto se omitió información respecto a la expectativa real de pensión, resaltando que únicamente se le indicó que en el RAIS podría pensionarse a la edad que quisiera, con el monto de pensión que deseara, a más que en caso de fallecimiento su dinero sería heredable. Que no recibió información veraz, real y eficiente para tomar una decisión que no la indujera en error. Que solicitó ante la AFP Colfondos S.A. la nulidad de su traslado al RAIS y ante Colpensiones su afiliación a dicha entidad, sin embargo, recibió respuesta negativa por parte de dichas entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA 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

¹ Páginas 1 a 19 Archivo 03 Expediente Digital

² Páginas 3 a 20 Archivo 12 Expediente Digital

que la afiliación realizada por la demandante se llevó a cabo dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, del 1º de agosto de 2002 al 30 de septiembre de 2011 y, conforme a los postulados de buena fe, en consecuencia, en lo que respecta a la afiliación con SKANDIA, es totalmente válida y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regulan el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS por la parte activa.

Propone como excepciones de fondo: Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, 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 la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A.³

Mediante auto del 1º de junio de 2023, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.

COLFONDOS S.A.⁴

La AFP se opuso a la totalidad de las pretensiones planteadas y argumentó que la afiliación de la demandante se efectuó en cumplimiento de todos los requisitos legales, aunado a que no existe vicio del consentimiento alguno por error, fuerza o dolo.

³ Archivo 17 Expediente Digital

⁴ Páginas 3 a 9 Archivo 06 Expediente Digital

Propone como excepciones de mérito: Validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

COLPENSIONES⁵

La demandada se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no se allega al plenario prueba alguna que permita si quiera establecer la configuración de causales de nulidad, y como quiera que la mismas están taxativamente definidas en la ley, es potísimo probarlas para poder declararlas, en virtud de los principios de comunidad de la prueba, es evidente que en el presente caso la afiliación de la actora, goza de plena validez.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 18 de julio de 2023, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas; declaró que el traslado de la demandante al RAIS, administrado por COLPATRIA S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, consecuencia que también se declara frente a los traslados horizontales efectuados a Horizonte S.A., Colfondos S.A. y SKANDIA S.A.; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la actora, tales como aportes, bonos pensionales, con sus frutos y rendimientos, gastos y comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados

⁵ Páginas 1 a 12 Archivo 07 Expediente Digital

a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, los que deben ser devueltos debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades; ordenó a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. devolver también gastos y comisiones de administración, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y valores utilizados en seguros previsionales, todos debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a cada entidad; condenó en costas a las AFP demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que al 1º de abril de 1994, la demandante acredita 440 semanas al otrora ISS y para junio de 1994 contaba con 448 semanas, de manera que si bien no se encontraba cobijada por alguna prerrogativa especial del régimen de transición o expectativa de alcanzar una pensión de vejez, lo cierto es que sí demostraba una densidad importante que ameritaba por parte del asesor de Colpatria S.A. un análisis particular y minucioso sobre la situación en que se encontraba la activa, para determinar la conveniencia de ostentar la condición de nueva afiliada al RAIS; todo ello, aunque no encajara dentro de las condiciones previstas por la Corte Constitucional para que se pudiese trasladar en cualquier tiempo al RPM. De otro lado, dijo sobre el deber de información, 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.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **SKANDIA S.A.**, interpuso recurso de alzada frente a la condena de devolver los gastos de administración, por cuanto ya trasladó todos los recursos que por ley debía remitir hacia Colfondos, por manera que la cuenta de la aquí demandante se encuentra en ceros, como así se acredita

con el certificado allegado por la AFP a las diligencias. Añadió que conforme al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, los dineros que deben remitirse con ocasión a un traslado, no incluyen los gastos de administración y las sumas de seguros previsionales, lo cual guarda una relación armónica con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, misma que ha contemplado una destinación específica de ese 3% de gastos de administración, la cual se ha cumplido en el presente caso y es por ello que a la fecha la AFP no cuenta con tales rubros. Dijo que los seguros previsionales han sido pagados a favor de la aseguradora, quien actualmente cuenta con dichos conceptos, por manera que, los efectos de las decisiones tomadas en este tipo de procesos, deben ampliarse a terceros, como lo son las aseguradoras.

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el traslado de régimen solo requería de la voluntad libre, espontánea y expresa al momento del mismo, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993. Adujo que las obligaciones y soportes de información exigidos a la AFP, representan una carga para Colpensiones, pues la decisión tomada por el Juzgado de Conocimiento, resulta lesiva para dicha entidad, porque afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, como principio previsto en el artículo 48 de la C.P. adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 001 de 2005. Finalmente, solicitó que se adicione la decisión, en el sentido que el cumplimiento de la orden emitida a cargo de Colpensiones, se condicione al acatamiento de las condenas generadas en contra de las AFP demandadas.

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 AIDA DEL SOCORRO CORREA ARCILA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA hoy 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 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 a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLPATRIA** hoy **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 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 no obra formulario de afiliación de la demandante ante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., pues sólo se advierte tal vinculación a través de la consulta SIAFP ASOFONDOS (página 57 archivo 12 ED), aunado a que únicamente se anexaron los formularios de vinculación ante SKANDIA S.A. (página 37 archivo 12 ED) y COLFONDOS S.A., (página 55 archivo 03 ED), en todo caso, 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 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 las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían 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 a **COLPATRIA S.A.** 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 las demandadas, pues la actora fue clara al manifestar que cuando estaba trabajando para Capitalizadora Colpatría, fue visitada por los asesores de la AFP Colpatría, quienes la invitaron a afiliarse a dicha administradora, bajo el argumento que era una empresa del mismo grupo de su empleador; sin embargo, dijo que no le dieron información, más allá de que el ISS “se iba a acabar” y que podría pensionarse a cualquier edad, con un mejor monto pensional (Min. 10:28-31:25 archivo de audio y video 23 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 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, incluso en lo que respecta a Skandia S.A., pues aunque la actora se trasladó a Colfondos, como última administradora de pensiones privada, es claro que los gastos de administración y comisiones no fueron objeto de entrega por Skandia ante esta última AFP, dado que tales rubros no ingresaron a la cuenta de ahorro individual de la convocante.

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).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y SKANDIA 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,

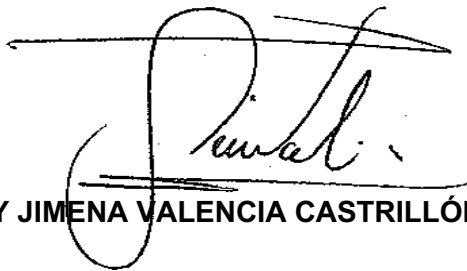
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Diecisiete (17) 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 SKANDIA 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
Magistrada

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:	11001-31-05-018-2021-00223-01
DEMANDANTE:	MARCOLINI SERRANO BONILLA.
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 27 de junio 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (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 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 27 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARCOLINI SERRANO BONILLA** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-018-2021-00223-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES incluidos rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR SA. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el demandante que nació el 22 de marzo de 1961, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de julio de 1990 hasta el 27 de septiembre de 1993, cotizando un total de 66 semanas, permaneciendo en dicho régimen hasta el mes de abril del año 2002. Que en la última data se trasladó a PORVENIR S.A., afiliación que se dio con omisión del deber de información, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que elevó petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que la información fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó al

¹ Fs. 1-14 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-34 Archivo 011 Expediente Digital

demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación. Insistió, que el traslado efectuado el 1 de junio de 2002., fue producto de una decisión libre e informada, luego de que recibiera información de manera clara, precisa y veraz.

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

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y petición especial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 27 de junio de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante a PORVENIR S.A efectuada el 16 de abril de 2002 con fecha de efectividad del 1 de junio del mismo año. En consecuencia, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, y condenó a la AFP privada a devolver o trasladar a Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el

³ Fs. 2-28 Archivo 06 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenó a Colpensiones aceptar dichos valores y aceptar al actor en el RPMD, declaró no probada la excepción de prescripción y gravó en costas únicamente a Porvenir S.A.

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 a la parte demandante de 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 **COLPENSIONES**, incorfome con la totalidad de la sentencia, señaló que al demandante se le brindó suficiente información acerca del RAIS y las consecuencias de su traslado, que permaneció en dicho régimen por más de veinte años, lo que significa que pudo devolverse en cualquier tiempo antes de la prohibición de los diez años. Indicó, que la carga probatoria de demostrar esa falta de información recae en la parte actora y solamente se invertirá esa carga cuando se haya vulnerado alguna expectativa legítima al momento de efectuar su traslado al RAIS. Adujo, que el demandante es una persona que cuenta con los estudios necesarios para decidir de manera voluntaria e informada acerca de las consecuencias del traslado al RAIS.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación en contra de la integralidad de la sentencia. Argumentó, que el traslado efectuado por el actor fue debidamente informado acerca de las características del régimen sin que para la fecha existiere obligación alguna de dejar documentado la entrega de toda la información. Frente a la orden de devolución de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, adujo que dichas sumas no están destinadas a financiar la prestación de vejez del acto, conforme a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía

aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Por último, tampoco es dable ordenar la indexación de las referidas sumas.

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 MARCOLINI SERRANO BONILLA 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 los elementos de juicio que reposan en 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, la solicitud de vinculación a **PORVENIR S.A.** de fecha 16 de abril de 2002 con fecha de efectividad a partir del 16 de abril de 2004, (pág. 80 Archivo 011 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 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, 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 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 no le asiste razón a **PORVENIR S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 el demandante fue claro en indicar que inició cotización en el Régimen de Prima Media a través de la Federación Nacional de Algodoneros desde el año 1994, posteriormente se traslado al RAIS porque entró a trabajar en el SENA Seccional Tolima, que fue la misma institución quien convocó a todos los trabajadores a una reunión general para que se trasladaran a Porvenir S.A. Que se trató de una asesoría grupal y muy corta, donde no le indicaron las características del régimen, el derecho al retracto, las supuestas ventajas que tendría al cambiarse de régimen, ni tampoco la edad para pensión. Agregó, que no le explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni como financiaba la pensión y que la misma dependía de múltiples factores adicionales a la edad y tiempo. Por último, refirió que solo después de siete años de estar afiliado a Porvenir S.A.

empezó a recibir extractos de sus aportes obligatorios. (Min. 15:30-30:23 archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración_ que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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 acertada la decisión del A quo de ordenar **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la parte 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 debían 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 confirmará la sentencia en ese sentido.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

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,

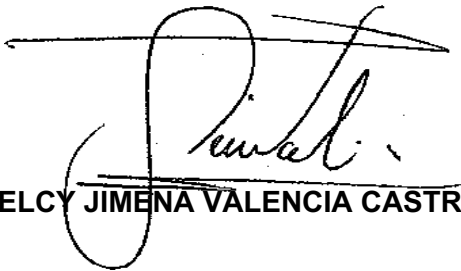
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) 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.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-021-2023-00103-01
DEMANDANTE:	MARY LUZ TIBAMOSO TORRES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 29 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 presentados por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a la sentencia del 29 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARY LUZ TIBAMOSO TORRES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. **11001-31-05-021-2023-00103-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP COLFONDOS S.A., por omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos, junto con el detalle de los mismos; condenar a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPM, así como a aceptar y recibir el traslado de todos sus aportes; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 26 de julio de 1.967. Que se afilió al RPM desde el 1º de octubre de 1.998. Que el 1º de marzo de 1.999 fue trasladada a la AFP Colfondos S.A., sin que dicha sociedad le brindara la información adecuada y completa acerca del RAIS, las desventajas del mismo, sus características, condiciones y diferencias frente al RPM. Que el 1º de mayo de 2000, se vinculó a la AFP Porvenir S.A., sin recibir asesoría sobre la información anotada. Que elevó solicitud ante las demandadas pretendiendo la nulidad de su afiliación, sin embargo, recibió respuesta negativa únicamente por parte de Colpensiones, pues las AFP accionadas no emitieron respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLFONDOS S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación de la señora MARY LUZ TIBAMOSO TORRES obedeció al ejercicio de su libre derecho de selección de Administradora Pensional, se le brindó la información completa y oportuna a efectos de que su consentimiento no estuviera viciado por error o por omisión del deber de información que correspondía por parte la sociedad, por manera pues que el acto jurídico de afiliación está investido de presunción de legalidad.

Formuló 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.,

¹ Páginas 1 a 18 Archivo 02 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la genérica².

La demandada **PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación de la parte demandante con Horizonte S.A., en el año 2000, 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, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 686792 - 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 en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica³.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que el acto por medio del cual se produjo el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho, es válido y ha surtido plenos efectos jurídicos, lo que conlleva a concluir que la afiliación en su momento con el ISS, hoy Colpensiones, tuvo solución de continuidad, esto es, cesó definitivamente.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 29 de agosto de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen

² Páginas 1 a 9 Archivo 09 Expediente Digital.

³ Páginas 1 a 30 Archivo 06 Expediente Digital.

⁴ Páginas 1 a 19 Archivo 10 Expediente Digital

pensional efectuado por la demandante al RAIS el 1º de febrero de 1.999, con fecha de efectividad 1º de abril de la misma anualidad por intermedio de COLFONDOS S.A., en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM, administrado por COLPENSIONES, por sustracción de materia, la AFP PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A., último fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de aquella, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, para lo cual se concede el término de 1 mes siguiente a la ejecutoria de la providencia; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de 1 mes siguiente a la ejecutoria de la decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la actora por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz o durante el tiempo de permanencia de la demandante con dicho fondo, con cargo a sus propios recursos y utilidades; 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 por las demandadas; condenó en costas del proceso a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

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 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 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, lo cual no emana del formulario de afiliación suscrito por la convocante; 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 parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el traslado que realizó la demandante, lo fue de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y en cumplimiento de las solemnidades legales. Agregó que respecto de la carga de la prueba y el cumplimiento del deber de información, la entidad que resulta más afectada es Colpensiones, pues se afecta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, máxime que el traslado se dio para el año 1999, siendo claro que ha transcurrido aproximadamente 25 años a la fecha, configurándose un imposible probar las circunstancias que rodearon tal acto jurídico, además porque para tal data no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Añadió que el deber de información, solo se materializó a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de manera que los fondos de pensiones solo cuentan con el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones. Concluyó indicando que en todo caso, se debe condicionar la orden impartida a Colpensiones, al cumplimiento de las AFP demandadas de las condenas que le fueron impuestas, además no se debe condenar en costas en segunda instancia, dado que es un tercero ajeno al acto que se declara ineficaz, al cual se le ha causado un daño injustificado.

La demandada **COLFONDOS S.A.** formuló recurso de apelación, argumentando que la demandante se vinculó al RPM cuando ya estaba vigente la Ley 100 de 1993, acotando que no quedó probado que ella hubiese recibido algún tipo de asesoría o buen consejo que permitiera tener un paralelo comparativo de la mentada norma, lo cual resulta distinto en tratándose de afiliados que se vincularon previo al año 1994, cuando su única oportunidad era afiliarse al RPM. Aludió que no se probó el deber del buen consejo que tendrían todos los actores, resaltando que se les está poniendo en desequilibrio y en desigualdad, pues se está midiendo con un racero diferente a cada uno de los actores del sistema. Dijo que se ha tratado a la AFP de manera indistinta como entidad del sector financiero a la luz de Decreto 663 de 1993, y a su vez, cuando se analiza la excepción de prescripción, se le trata como entidad de seguridad social.

Adujo que no se ha realizado un adecuado estudio al caso concreto, toda vez que la demandante permaneció afiliada a Colfondos S.A. por el término de un año, de manera que los aportes descontados por gastos de administración y seguros previsionales, no ascienden si quiera a la suma de \$200.000, de manera que el retorno de dichas sumas le implica a la AFP un costo administrativo mayor incluso para Colpensiones, pues debe efectuar la validación tendiente a determinar si los

emolumentos devueltos corresponden a lo que efectivamente debió recibir, transgrediéndose así el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Señaló que la indexación ordenada por el Despacho no encuentra un sustento legal, toda vez que la condena impuesta ya involucra los rendimientos financieros, como así lo ha dispuesto, entre otros, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en tres sentencias del 22 de junio de 2021, pues la depreciación de los valores a retornar se ven plenamente compensados con los frutos obtenidos, que se encuentran sustentados en una tarifa plena más el IPC, por lo que no existe manera que esos rendimientos sean inferiores a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, aunado a que la indexación no hace parte de las pretensiones de la demanda, desconociéndose así el principio de congruencia que debe inspirar las decisiones judiciales.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, exponiendo como argumentos que si bien existe un precedente jurisprudencial definido por la CSJ, lo cierto es que conforme a lo indicado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en diferentes Salas de Decisión, el mismo no es aplicable de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo a lo manifestado en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de las cotizaciones para financiar gastos de administración y pensiones de invalidez y sobrevivencia, de manera que tales rubros no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción, además, conforme a concepto emitido en el año 2020 por la Superintendencia Financiera, en tratándose de ineficacia de traslado, los únicos dineros a retornar, son los aportes y rendimientos contenidos en la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora mantuvo el deber contractual de mantener la cobertura, durante la vigencia de la póliza, ni tampoco debe retornarse la comisión de administración, anotando que sobre tales valores en todo caso debe declararse la excepción de prescripción, por cuanto no le pertenecen al afiliado.

Resaltó que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali indicó en diversos procesos que no hay lugar a imponer condena por concepto de indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado con los emolumentos a retornar, lo cual se fundamenta en la teoría de las restituciones mutuas producto de

la ineficacia, prevista en el artículo 1.746 del C.C. al no existir norma que regule la temática de la ineficacia, tanto en la Ley 100 de 1993, como en el Código de Comercio.

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 MARY LUZ TIBAMOSO TORRES 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 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 COLFONDOS 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 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 no obra formulario de afiliación ante la AFP COLFONDOS como acto de traslado al RAIS, pues sólo se allegó el documento que da cuenta de su posterior afiliación ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (Página 107 archivo 02 del 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 al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 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 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 a **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 las AFP demandadas 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 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 la parte demandada, pues fue clara al manifestar que cuando se vinculó a la Rama Judicial se afilió al otrora ISS, pero posteriormente se hicieron unas asesorías grupales, en donde se les indicó que el Seguro Social se iba a acabar, por lo que no se tendría ninguna expectativa pensional, de manera que los fondos eran una opción buena para los trabajadores, ya que se podría pensionar anticipadamente y por ello procedió a firmar el formulario. Que se afilió a Porvenir S.A. motivada porque era una mejor administradora de pensiones. Que a pesar de ser abogada, siempre se ha dedicado a la especialidad penal (Min. 24:23 a 49:47 archivo 30 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 que cobraron las AFP 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 de la A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a 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.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretenden hacer ver las AFP recurrentes, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados, sin que para ello se requiera elevar pretensión en la demanda, ya que tal condena procede de manera oficiosa, por tratarse de una simple actualización de la moneda, la cual está sometida al fenómeno inflacionario.

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 descontados.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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,

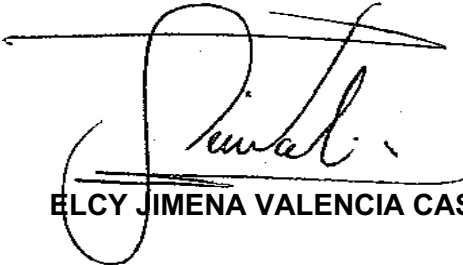
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

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:	10013105022-2018-00537-00
DEMANDANTE:	CARLOS ANDRÉS DUARTE SEPÚLVEDA
DEMANDADOS:	IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S., OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y OCCIDENTAL ANDINA LLC; HOY SIERRACOL ANDINA LLC.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 28 de febrero de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Contrato realidad, prestaciones e indemnizaciones.
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ANDRÉS DUARTE SEPÚLVEDA** contra **IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S., OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y OCCIDENTAL ANDINA LLC; HOY SIERRACOL ANDINA LLC**, con radicado No. **10013105022-2018-00537-01**.

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

DEMANDA¹

El demandante solicitó frente a IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S., que, en virtud al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se declarara la existencia de un contrato de trabajo, en el que prestó sus servicios a favor de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y OCCIDENTAL ANDINA LLC, con extremos del 12 de junio de 2015 al 29 de agosto de 2017, consecuente solicitó, se imparta condena por concepto de prestaciones sociales –auxilio cesantías, prima de servicios-, acreencias laborales –intereses a las cesantías, vacaciones, sanción moratoria por la no consignación de cesantías y por no pago de prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, aportes al SGSSI y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones indicó que, **i)** fue contratado el 12 de junio de 2015 mediante un contrato de prestación de servicios por Ionos Directional Services S.A.S., para prestar sus servicios en el Campo la Cira Infanta a favor de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y OCCIDENTAL ANDINA LLC, **ii)** el cargo para el que fue contrato fue el de MWD 2nd hand, con una remuneración mensual de \$8.907.420, **iii)** fue afiliado a riesgos laborales a través de Ionos Directional Services S.A.S., **iv)** le exigían para el cobro de su cuenta que allegara cuadro de turnos, además, le reembolsan gastos de transportes y alojamiento, **v)** el 23 de junio de 2016 suscribió otrosí con Ionos Directional Services S.A.S. en el que se desmejoró su salario y cargo inicial, pasando al de MWD trainee, **v)** el 14 de junio de 2017 firmó un segundo otrosí, en el que volvió al cargo inicial, empero continuó con un salario inferior, **vi)** Ionos Directional Services S.A.S., suministraba ingenieros a las empresas OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y OCCIDENTAL ANDINA CCL, **vii)** los elementos de trabajo, equipo, herramientas, elementos de protección personal y demás enseres de trabajo, eran de propiedad de las demandadas, **viii)** las demandadas ejercían un actuar evaluativo y coercitivo, con miras a disciplinar y sancionarle ante incumplimiento de funciones, **ix)** fue acusado por malos tratos con sus compañeros y fraude en los resultados de la labor prestada, **x)** el 7 de agosto de 2017 se acerca a las oficinas de las

¹ Folios 279 a 315 del archivo 01 del expediente digital.

demandadas para solicitar que le hagan descargos por las acusaciones que se encontraban en investigación, **xi)** el 10 de agosto de 2017 se convocó a una reunión entre las demandadas y el demandante para adelantar los descargos correspondientes a la investigación que se llevaba adelantado en contra del demandante, **xii)** fue cerrada la investigación en su contra sin sanción alguna, **xiii)** las demandadas el 29 de agosto de 2017 dieron por terminada la relación laboral sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC² se opuso totalmente a las pretensiones incoadas en su contra, alegando que entre el demandante y la entidad no existió vínculo laboral, ni de ninguna otra naturaleza, pues tampoco existió ninguna relación contractual con la sociedad Ionos Directional Services S.A.S. para la realización de alguna actividad en el Campo la Cira Infantas.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

OCCIDENTAL ANDINA LLC³ igualmente mostró resistencia, arguyendo que con el demandante nunca existió vínculo laboral, ni de ninguna otra naturaleza. Sostuvo, que como lo afirmó el actor, la prestación de sus servicios en sus instalaciones como Ingeniero MWD, se dieron con ocasión de las órdenes de servicio que existieron con la sociedad Ionos Directional Services S.A.S., sociedad última, que fue la que contrató al mencionado y la que por la misma razón, definió conjuntamente con él la forma de cómo iba a ejecutarse el contrato que a bien suscribieron, sin que durante la vigencia de este contrato se hubiera ejercido algún tipo de poder subordinante frente al actor. Dijo no ser ciertos los hechos relativos a una presunta relación laboral con el actor, así como que no le constaban los demás por no existir relación de ninguna clase con el referido. Dijo ser cierto lo relativo a algunas comunicaciones enviadas por correo, empero, que ello nunca fue bajo una

² Folios 380 a 388 del archivo 01 del expediente digital.

³ Folios 416 a 439 del archivo 01 del expediente digital.

condición subordinante, sino, informativa para garantizar la seguridad de quienes ingresaran al Campo la Cira Infanta.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S.⁴ con oposición frontal a lo pretendido, indicó que con el señor CARLOS ANDRÉS DUARTE SEPÚLVEDA nunca se presentó una vinculación laboral regida por un contrato de trabajo, ni verbal, ni escrito, por el contrario, se celebró, ejecutó y se liquidó un contrato regulado por normas civiles y comerciales para prestar servicios dentro del sector de hidrocarburos con la empresa OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC. Sostiene que existió un contrato por prestación de servicios, con dos otrosíes y que fue liquidado, regido por las normas civiles, cuyos servicios se prestaron de manera exclusiva a su favor.

Exteriorizó las excepciones de fondo de cobro de lo no debido, de pago cumplido y genérica.

Con Auto del 28 de mayo de 2021 se aceptó el llamamiento en garantía de LIBERTY SEGUROS S.A. y a favor de OCCIDENTAL ANDINA LLC.

LIBERTY SEGUROS S.A.⁵ contestó la demanda y el llamamiento en garantía, indicando no constarles los hechos referidos en el escrito genitor, empero, dijo, que según da cuenta la documental, entre el demandante y Ionos Directional Services S.A.S. existió una relación civil y no de índole laboral. Se opone al llamamiento esgrimiendo que no se configura ningún elemento que dé lugar a la responsabilidad solidaria entre Ionos Directional Services S.A.S. y Occidental Andina LLC en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, y menos aún frente al demandante, quien, en su dicho, fungía como subcontratista de la primera, y no como trabajador dependiente.

⁴ Folios 549 a 570 del archivo 01 del expediente digital.

⁵ Archivo 06 del expediente digital

Solicitó la prosperidad de las excepciones que denomino inexistencia de los elementos establecidos en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo – inexistencia de la obligación, la conducta de Occidental Andina LLC e Ionos Directional Services S.A.S. en el presente caso ha sido de buena fe, diligente y libre de culpa, inexistencia de la obligación, inexistencia de la relación laboral, y por ende del despido sin justa causa, así como de las demás obligaciones prestacionales que se desprenden de un contrato de trabajo- incumplimiento de la obligación del contratista Carlos Andrés Duarte Sepúlveda, exclusión de amparo y no cobertura de la póliza a los subcontratistas, inexistencia de la obligación - no concurren los elementos para la causación del amparo y cobertura de la póliza en el presente caso por tratarse de una situación en la que no hay responsabilidad solidaria de las demandadas y tratarse de una situación atinente a un subcontratista, cobro de lo no debido (restricción del amparo en las pólizas), límite del valor amparado, inexistencia de la obligación - pago de honorarios en cabeza de Ionos Directional Services S.A.S., - los pagos efectuados por concepto de honorarios son válidos y se ajustan al contrato de prestación de servicios, prescripción, límite de la eventual e hipotética indemnización moratoria por falta de pago y genérica.

En Auto del 08 de septiembre de 2021 se aclaró el auto que antecede y se aceptó el llamamiento en garantía efectuado por el mismo llamante hacia **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**⁶, quien, guardó silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Finalizó la primera instancia, con sentencia **estimatoria** de las pretensiones de la demanda, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo, a término indefinido, con OCCIDENTAL ANDINA LLC; hoy SIERRACOL ANDINA LLC, con extremos del 23 de junio de 2015 al 24 de julio del 2017, en el que, IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. **fungió como un simple intermediario y, por ende, es solidariamente responsable**. Declaró probado parcialmente el exceptivo de prescripción e

⁶ Archivo 16 del expediente digital.

⁷ Archivo 46 del expediente digital.

impartió condena en contra de OCCIDENTAL ANDINA LLC e IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. por concepto de prestaciones sociales, acreencias laborales, compensación de vacaciones, sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria. Gravó en costas a OCCIDENTAL ANDINA LLC y a IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. y les absolvió de las demás pretensiones. Finalmente, absolvió a las demás demandadas y llamadas en garantía del total de las pretensiones de la demanda.

Para proceder así, de su disertación, fueron **cinco** los fundamentos de la decisión de piso, **i)** de conformidad con lo previsto en los arts. 23 y 24 del CST, yuxtapuestos con la prueba producida en juicio –*escrito de contestación de demanda, prueba testimonial y documental*-, estaban dados los presupuestos para configurar el contrato de trabajo, particularmente, la prestación personal del servicio, la cual se ejecutó sin solución de continuidad, del 23 de junio de 2015 al 24 de julio de 2017; **ii)** que configurada la presunción legal, esta no fue derruida por el extremo pasivo, por el contrario, se acreditó con el dossier probatorio que IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. fungió como un simple intermediario y que el actor prestó su servicio a favor de OCCIDENTAL ANDINA LLC, quien pretendió desdibujar y esconder el real vínculo laboral que les ató; **iii)** ante la ausencia de pago de prestaciones sociales, acreencias laborales y vacaciones, era dable condenar por tales conceptos, salvo los afectados por el fenómeno extintivo, **iv)** ante la ausencia de actos constitutivos de buena fe, en el impago de prestaciones sociales y en la no consignación del auxilio de cesantías, impartió la condena prevista en los arts. 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, y finalmente, **v)** que no era dable afectar la póliza de seguros suscrita, pues esta aplicaba por la responsabilidad solidaria ante el impago de IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. como dadora del laborío, lo que no ocurrió, pues se declaró como empleadora a OCCIDENTAL ANDINA LLC.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primer grado se alzó el demandante en aras de la revocatoria parcial de la decisión. Arguyó no compartir tres aspectos

puntuales, que lo son, la tasación del auxilio de cesantías, prima de servicios y vacaciones, pues se tomó un salario inferior al probado en el plenario, que, en su dicho, lo fue: \$11.761.171. Frente al no reconocimiento de lo reclamado por seguridad social, indica que el empleador tiene la obligación de efectuar unos aportes en cabeza del empleado, pese a que este último haya asumido dicha erogación. Finalmente, afirmó que el despido fue probado, por lo que debe reconocerse la respectiva indemnización para tal fin.

IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. apela la decisión buscando su revocatoria, refiriendo que, conforme a su objeto social, nunca fungió como empresa de servicios temporales, ni suministró personal, sino que es un proveedor de servicios petroleros, especializado en la técnica de perforación direccional dirigida.

OCCIDENTAL ANDINA LLC igualmente apela con miras a la revocatoria de la decisión. Formuló dos cargos, los cuales estriban en, **i) dar por acreditada, sin estarlo**, que fungió como verdadera empleadora y que IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. fue un simple intermediario, cuando nunca existió una relación laboral, ni mediaron actos subordinantes de ningún tipo, así como que no se impartió instrucción, ni órdenes al demandante; **ii) no dar por acreditado, estándolo**, que entre OCCIDENTAL ANDINA LLC e IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. existió una relación comercial para la prestación de servicios en explotación de pozos, que se ejecutaron con plena autonomía administrativa por la contratista, al ser una labor especializada.

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

De conformidad con las apelaciones presentadas, se debe determinar si la Juez de instancia, se equivocó o no al despachar favorablemente la petición del contrato de trabajo alegado con la demandada OCCIDENTAL ANDINA LLC en el cual se dijo que IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. fungió como simple intermediaria. Así mismo, se estudiará lo relativo a la remuneración peticionada por el extremo activo, con los efectos liquidatarios que de ello devengan, la indemnización por despido sin justa causa y el reembolso de pagos por aportes a pensión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto de alzada.

Para los fines indicados importa destacar, que son aspectos ajenos al debate procesal en la instancia, además, por no ser objeto de apelación, que i) el actor prestó sus servicios por extremos temporales del 23 de junio de 2015 al 24 de julio de 2017; ii) que a la terminación de la prestación de servicios, no se pagaron prestaciones sociales y acreencias laborales y; iii) que el fenómeno extintivo de prescripción operó sobre aquellas acreencias que se reconozcan con antelación al 31 de agosto de 2015.

Ab initio, advierte la Sala, que la decisión de piso debe ser **CONFIRMADA PARCIALMENTE**, por dos razones a saber: i) está plenamente acreditado que entre el actor y la sociedad OCCIDENTAL ANDINA LLC; hoy SIERRACOL ANDINA LLC, existió una relación laboral, en donde está última fungió como verdadera dadora de laborío al suministrar todos los elementos necesarios para la prestación del servicio, como la de impartir órdenes e instrucciones al señor Carlos Andrés Duarte Sepúlveda, ii)

fue acreditado un salario superior al declarado por la juez de instancia, siendo del caso, efectuar la reliquidación de las sumas concedidas, así como también, es procedente el reembolso de aportes a seguridad social al actor únicamente del porcentaje que le corresponde al empleador, esto es, el 12%.

DEL CONTRATO DE TRABAJO EN CASOS COMO EL LITIGADO.

Con el fin de resolver el problema jurídico es preciso acotar que el contrato de trabajo es aquél por el cual una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración como lo establece el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, el artículo 23 del CST determina los presupuestos legales para que se configure el contrato de trabajo, canon según el cual sus elementos esenciales son: *“La actividad personal del trabajador; la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio.”*.

Normativa que debe armonizarse sistemáticamente con las disposiciones del artículo 24 del mismo estatuto, según el cual se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato trabajo, presupuesto bajo el cual se entiende que el ligamen que los ata es un contrato laboral, así, demostrada la prestación personal del servicio, se activa la presunción en favor del demandante, exonerándose de acreditar el elemento de la subordinación, invirtiéndose la carga de la prueba y correspondiendo en consecuencia al opositor desvirtuarla, y probar que la razón de ser de la misma obedeció a una contratación diferente caracterizada por autonomía e independencia y abatir la teoría de la relación laboral, predicada por el interesado, dado que éste le prestó su fuerza de trabajo en virtud de un modelo contractual distinto a las relaciones subordinadas; así lo ha hecho saber la Sala de Casación Laboral radicado 49346 Magistrados Ponentes CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO de fecha 3 de mayo de 2017, postura reiterada en las SL1389-2020 y SL1382-

2020 M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, la SL1702-2020 M.P. GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, y la SL817-2020 M.P. MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO, entre otras.

Ahora bien, tanto del material probatorio obrante al expediente como de las contestaciones a la demanda, devela que entre CARLOS ANDRÉS DUARTE SEPÚLVEDA y OCCIDENTAL ANDINA LLC; hoy SIERRACOL ANDINA LLC, existió un contrato de trabajo entre el 23 de junio de 2015 al 24 de julio de 2017, de ello, dan cuenta cada uno de los documentos aportados al cartapacio como de las testimoniales recaudadas, dossier que evidencia que en la realidad el actor prestó su servicios a favor de la demandada OCCIDENTAL ANDINA LLC, por lo que IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S. **NO fungió como una contratista independiente** al no contar con la autonomía e independencia necesaria para asumir todos los riesgos derivados del contrato comercial suscrito, ni los instrumentos de trabajo para la ejecución de las actividades que desempeñó el actor.

Examinados los medios de convicción arribados al plenario, ciertamente para la Sala, aquellos revelan que el servicio haya sido subordinado por parte de OCCIDENTAL ANDINA LLC, pues la prueba testimonial, entre esta, la declaración de LUIS FELIPE RÍOS BEDOYA muestra, que IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S., en el marco de la ejecución de las órdenes de servicios números 63000011052 y 63000012681 que celebró con OCCIDENTAL ANDINA cuyos objetos fueron: asesoría y supervisión direccional en los pozos del campo teca fase 1 y supervisión direccional campana perforación LCI, respectivamente, no disponía de una autonomía para ejecutar el contrato, pues la sociedad OCCIDENTAL ANDILA LLC, tenía injerencia y participación en la ejecución de las funciones, al tal punto de impartir instrucciones y prometer ascensos al actor.

Véase que el testigo LUIS FELIPE RÍOS BEDOYA se ocupó de explicar que fungió como coordinador de las órdenes de servicios para las que fue vinculado el actor, siendo el único que tenía un contacto constante y permanente con sus pares; dijo que aquel era quien informaba cuáles eran los proyectos que se debían desarrollar, cómo se iba a dar la campaña de

perforación, hacia donde tenían que enfocar los recursos, establecía prioridades y generaba el programa de trabajo; recalcó que OCCIDENTAL ANDINA LLC no tenía ninguna injerencia, frente a las labores e instrucciones impartidas por IONOS DIRECTIONAL SERVICES, sin embargo, al ojear las comunicaciones electrónicas sostenidas entre el anterior deponente y la funcionaria de OCCIDENTAL ANDINA, señora Marcela Domínguez, se advierte que esta última era la encargada de impartir las directrices frente a la ejecución de la actividad a realizar por parte del actor y establecía los horarios de entrenamiento con la herramienta MWD blackstar.

En efecto, los correos alusivos por el extremo activo, son una prueba de imposición de órdenes al actor, pues los mismos y obrantes en el archivo 01 del expediente digital, dan cuenta de las condiciones de seguridad y previsión que debían tenerse al interior del área de trabajo. Véase; en la pág. 41 del cartapacio digital, en correo dirigido al actor se le indica, que no puede ubicar en la caseta u oficina de trabajo del taladro hasta que no se verifique el cumplimiento de ciertas normas de seguridad, pues pondría en riesgo de funcionamiento el trabajo a realizar. En otro correo electrónico visible a pág. 49 del mismo archivo, se evidencia comunicación enviada por parte de Marcela Domínguez Ingeniera de la OXXY al ingeniero Felipe de la empresa IONOS, donde le informó que se encontró una condición insegura de los “pc’s (DCA)” en la cabina del perforador.

Aunado a lo anterior, en la pág. 110, se advierte comunicación electrónica enviada por el Ingeniero Luis Felipe Ríos informando que las camionetas utilizadas para el proyecto presentan varias irregularidades en su estado, como la pérdida de elementos como los botiquines de seguridad, indicó que la posición de Cootrasumi y de IONOS es que no van a responder por este tipo de pérdidas, por tanto, recomendó que cada uno de los conductores deben asegurarse que la camioneta se encuentren en buen estado. Lo que de contera evidencia que la “contratista independiente” no asumía todos los riesgos del contrato con la empresa OCCIDENTAL sino era la misma dueña de obra como propietaria de las camionetas quien advertía la obligación de cuidado y mantenimiento de las mismas.

En efecto, lo anterior fue corroborado con el testigo Carlos Andrés Rincón, quien en calidad de Gerente de la empresa IONOS depuso, que la obligación de la empresa con OCCIDENTAL ANDINA LLC consistía en el suministro de personal, específicamente de Ingenieros Capacitados en MWD, como el demandante, y que este último quedaba a disposición de la empresa OCCIDENTAL para prestar el servicio para el cual fue contratado. Que, las labores que efectuaba el actor eran muy específicas y por tanto no contaban con los conocimientos necesarios para indicarle la forma en que debía realizar las actividades de perforación direccional y medición, quedando a disposición de la beneficiaria de la obra o servicio, esto es, OCCIDENTAL ANDINA LLC.

Así mismo, el referido RÍOS BEDOYA, aludió que la labor debía ser desplegada por cada uno de los prestadores contratados, entre estos el demandante, siendo indelegable la prestación del servicio que se encomendaba a favor de la empresa OCCIDENTAL ANDINA, y que su labor se limitaba a coordinar las órdenes de servicio que necesitaba la anterior sociedad, circunstancias todas estas, que no logran derruir el poder subordinante y materializan otro elemento esencial de todo contrato de trabajo, el *intuitu personae*.

En suma, no es viable establecer que la radicación de informes y las cuentas de cobro presentadas por el actor ante la empresa IONOS DIRECTIONAL SERVICIES es prueba suficiente para derribar la presunción de subordinación que recae en la sociedad recurrente OCCIDENTAL, pues de los anteriores documentales como testimoniales permiten inferir de manera clara, que la labor ejecutada por el actor no fue autónoma ni mucho menos independiente. *A contrario sensu*, con ojear el archivo 01 del cartapacio digital, se advierte documento que contiene el logo de la sociedad OCCIDENTAL, y señala las responsabilidades y roles de los operarios, entre ellos, el ejecutado por el trabajador ahora demandante. También, se destaca que la sociedad OCCIDENTAL ejercía un control sancionatorio, pues ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones, genera un llamado de atención y ante la acumulación de 3 llamados de atención, el actor quedaría por fuera de la operación. (pág. 32 archivo 01 del Expediente Digital).

En este punto conviene precisar que el art. 34. del CST dispone lo siguiente:

“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”

Por su parte, el artículo 35 ibidem establece que son simples intermediarios:

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Para un mejor entendimiento del asunto, previamente esta Sala de Decisión deberá clarificar los conceptos de intermediación y tercerización, así téngase en cuenta que la tercerización consiste en la posibilidad que tienen las empresas, tanto del sector público como privado, de contratar con terceros el desarrollo de determinadas actividades y procesos productivos o de organización a través de las figuras jurídicas como contratista independiente, cooperativas de trabajo de asociado, contratos de prestación de servicios o empresas asociativas de trabajo; con fines de optimización administrativa, -

para evitar procesos de selección, de evaluación, reducción de costos laborales y fiscales, y por la especialidad del servicio que se requiere, y lleven a cabo esos procesos productivos con plena autonomía técnica, directiva y administrativa.

En ese orden, la jurisprudencia ha señalado que la figura del contratista independiente, por regla general éste dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Parte de esos trabajos puede delegarlos en un subcontratista. Si la independencia y características del contratista es real, las personas que vincula bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios. Empero, si a pesar de la apariencia formal de un “contratista”, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, directamente o a través de sus trabajadores dependientes, será éste y no el simple testaferro el verdadero patrono, y por tanto no puede eludir sus deberes laborales. Véase las sentencias del 21 de mayo de 1999 (Rad. 11843) y 13 de mayo de 1997 (Rad. 9500).

En resumen, en cada caso deben examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de unas de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba **descartarse** necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esta particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas. Así mismo, la Ley es clara en cuanto a que los intermediarios no son los patronos de los trabajadores que contratan o dirigen, de manera que en principio no son los responsables de las obligaciones laborales, pero cuando actúan de manera oculta y suplantando al empleador, la ley les da la condición de simple intermediarios, y por tanto los hace solidariamente responsables.

Por último, es claro que la actividad misional para la época de los hechos consistía como puede verse en el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, donde refiere como el giro ordinario de servicios, los de “prestar todo **tipo de servicios profesionales, incluidos los relacionados con las actividades mencionadas en el punto A (sic) incluyendo asesoría operativa de gestión, planear el desarrollo, ingeniería, investigación, consultoría, capacitación, asesoramiento y en general cualquier tipo de servicios que puedan ser prestados por compañías comerciales**” (Negrillas nuestras) (..) actividad muy disímil a la ejecutada por la sociedad OCCIDENTAL ANDICA LLC, que según el certificado de existencia y representación consiste en “efectuar negocios de producir, adquirir, desarrollar, explorar y perforar, utilizar manufacturas, almacenar, extraer, separar, refinar, reducir, comprimir, absorber, condensar, convertir y demás aceites de todas clases y granos, petróleo, gas, inclusive gas húmedo, gasolina, betún, arcillas petrolíferas, carbón y productos de hidrocarburos de todas clases y los elementos constituyentes, productos y subproductos, asociaciones combinaciones, composiciones y mezclas de aquellos, entre otras” (..). En gracia de discusión, la demandada IONOS DIRECTIONAL SERVICES no actuó como una verdadera contratista independiente, toda vez, que no asumió los riesgos propios de la actividad contratada, no gozó de libertad, autonomía técnica y directiva para desarrollar la labor externa en que se desempeñó el demandante.

En los anteriores términos no se equivocó la Juez en la forma en la que desató el tema, pues como se advierte entre CARLOS ANDRÉS DUARTE SEPÚLVEDA con OCCIDENTAL ANDINA LLC hoy SIERRACOL ANDINA existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 23 de junio de 2015 y el 24 de julio de 2017.

DEL SALARIO REAL Y PAGO DE ACREENCIAS PRESTACIONALES, LABORALES E INDEMNIZACIONES.

Alega el actor que erro la *A quo* en establecer un salario inferior al devengado, el que dijo, debió declararse en suma de \$11.761.171 mensuales, empero, de ello no se advierte prueba de ninguna índole, especialmente

cuando de cara a la documental aportada, esto es, los documentos denominados contratos de prestación de servicios, así como el certificado laboral aportado (folios 12 y s.s. y 22 del archivo 01 del expediente digital), se acredita un salario mensual promedio de \$8.907.420.

Por lo que, si bien, resulta carente de fundamentación fáctica la elocución del extremo activo, no es menos, que, revisadas las condenas impartidas por la juez de piso, las mismas no se acomodan a la cuantificación que se obtiene al aplicar el ejercicio aritmético de rigor, siendo que, todas las cifras resultan inferiores, aun a pesar, de que la Sala tiene en cuenta la prescripción de aquellas acreencias generadas con antelación al 31 de agosto de 2015, como se pasa a demostrar.

Para el caso de las cesantías, estas no se ven afectadas por término prescriptivo alguno, pues, al no ser consignadas, solo se hicieron exigibles a partir de la fecha de finalización del ligamen, que lo fue el 24 de julio de 2017, es decir, se liquidan del 23 de junio de 2015 al 24 de julio de 2017.

Año 2015

$$\$8.907.420 \times 188 / 360 = \$4.651.652$$

Año 2016

$$\$8.907.420 \times 360 / 360 = \$8.907.420$$

Año 2017

$$\$8.907.420 \times 204 / 360 = \$5.047.538$$

Para un total por **CESANTÍAS** de \$18.606.610.

En cuanto a los intereses a las cesantías, debe decirse, que el término prescriptivo conforme lo indicó el órgano de cierre de la jurisdicción laboral en la sentencia 43894 del 10 de junio de 2015 y regló en el artículo 2 de la Ley

52 de 1975, corre a partir del 31 de enero del año siguiente al que se causaron, que, para el caso de marras, las de 2015 se hicieron exigibles a partir del 31 de enero de 2016, fecha, en la que no operó el fenómeno extintivo.

Año 2015

$$\$4.651.652 \times 188 \times 0.12 / 360 = \$29.1503$$

Año 2016

$$\$8.907.420 \times 360 \times 0.12 / 360 = \$1.068.890$$

Año 2017

$$\$5.047.538 \times 204 \times 0.12 / 360 = \$343.232$$

Para un total por **INTERESES A LAS CESANTÍAS** de \$1.703.625.

En cuanto a la prima de servicios, debe indicarse que la del primer semestre de 2015 se encuentra afectada por el fenómeno extintivo, empero, las subsiguientes no, por lo que se procede a su liquidación.

Año 2015

$$\$8.907.420 \times 180 / 360 = \$4.453.710$$

Año 2016

$$\$8.907.420 \times 360 / 360 = \$8.907.420$$

Año 2017

$$\$8.907.420 \times 204 / 360 = \$5.047.538$$

Para un total por **PRIMA DE SERVICIOS** de \$18.408.668

En cuanto a la compensación de vacaciones, dado que el primer año de servicios se cumplió hasta el 22 de junio de 2016 y a partir del día siguiente se hizo exigible el pago de compensación de vacaciones, estas no se encuentran afectadas por prescripción, se liquidan.

Año 2015

$$\$8.907.420 \times 188 / 720 = \$2.325.826$$

Año 2016

$$\$8.907.420 \times 360 / 720 = \$4.453.710$$

Año 2017

$$\$8.907.420 \times 204 / 720 = \$2.523.769$$

Para un total por **COMPENSACIÓN DE VACACIONES** de \$9.303.305.

Así las cosas, sin mayores miramientos, es del caso modificar el numeral cuarto de la decisión apelada, en aras de establecer los valores que realmente deben concederse en favor del actor.

En cuanto a la mora por la no consignación de cesantías, igualmente se observa que existen diferencias, de cara al siguiente cuadro:

AÑO	PERIODO	DIAS	SALARIO DIARIO	TOTAL
2015	Del 15 de febrero de 2016 al 14 de febrero de 2017	360	\$296.914	\$106.889.040
2016	Del 15 de febrero de 2017 al 24 de julio de 2017	160	\$296.914	\$47.506.240
TOTAL				\$154.395.280

Para un total de \$154.395.280 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, siendo menester su modificación.

Finalmente, respecto a la indemnización moratoria, no hay lugar a efectuar cambio alguno, pues para la operación se tomó como base salarial diaria la suma de \$296.914, la que, mensualmente ascendería a \$8.907.420, monto, que resulta acorde al ya determinado.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Siguiendo el estudio de la litis, corresponde determinar si el contrato de trabajo suscrito entre CARLOS ANDRÉS DUARTE SEPÚLVEDA y OCCIDENTAL ANDINA LLC hoy SIERRACOL ANDINA LLC hoy SIERRACOL ANDINA finalizó de manera unilateral y sin que mediara justa causa.

En relación con esta pretensión advierte la Sala que la Corte Suprema de Justicia ha señalado en reiterada jurisprudencia, entre otros pronunciamientos el identificado con radicación 78.740 del 9 de febrero de 2021, que, en materia de despido, recae en cabeza del trabajador la carga de demostrar su ocurrencia y al empleador la de demostrar que la terminación del ligamen se fundó en una justa causa.

Mismo criterio ha sido reiterado por la Corporación en múltiples oportunidades, entre estas en la sentencia SL4547-2018 del 10 de octubre de 2018, donde se estableció que: *“que el empleador tiene la carga de probar la ocurrencia de los motivos aducidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral cuando el trabajador prueba el hecho del despido”*.

En consecuencia, es deber del trabajador acreditar en primera medida el hecho del despido, situación que en el presente caso, brilla por su ausencia, pues, revisada la prueba en su integralidad, la misma, no da cuenta del deprecado despido, sin que, valga la pena resaltarlo, pueda confundirse con la terminación del contrato, situación, que si ocurrió, empero no se demostró que dicha terminación obedeció a un hecho imputable a la sociedad OCCIDENTAL LLC, en aras de invertir la carga de la prueba hacia la empleadora, quien debería acreditar la justeza del mismo.

Por ello, es del caso absolver a Occidental Andina LLC hoy Sierracol Andina de tal pedimento.

DEL REEMBOLSO DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL.

Frente al tópico, la parte actora solicita se reembolse la suma de \$37.909.980 correspondiente a los aportes en pensión causados y pagados durante la vigencia de la relación laboral. Es de señalar, que la jurisprudencia ha señalado, que si el trabajador demuestra que realizó cotizaciones al sistema general de seguridad social integral durante la vigencia de los contratos y estos son connaturales a la relación de trabajo subordinada, es viable condenar al empleador a su devolución en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador durante el tiempo que le prestó los servicios. A cita de ejemplo véase la sentencia del 21 de octubre de 2020, SL4345-2020, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Dicho lo anterior, de las pruebas documentales aportadas por la propia demandada IONOS DIRECTIONAL SERVICES S.A.S se evidencia que el actor efectuó los siguientes pagos al subsistema de pensión como independiente, y como lo instituyó la Corte únicamente se devolverá el porcentaje que le corresponde, esto es, el 12%:

Aporte en pensión	Folios	16%	4% (aporte trabajador)	12% (aporte empleador)
\$881.129	519-522	881.129	220.282	660.846
\$351.400	526 a 528	351.400	87.850	263.550
\$880.162	533 a 536	880.162	220.040	660.121
\$856.500	541-544	856.500	214.125	642.375
\$737.000	546-549	737.000	184.250	552.750
\$689.700	550-556	689.700	172.425	517.275
\$689.700	557-562	689.700	172.425	517.275
\$527.902	565-567	527.902	131.975	395.926

\$522.675	567-572	522.675	130.668	392.006
\$895.410	575-580	895.410	223.852	671.557
\$619.247	583-587	619.247	154.811	464.435
\$786.829	588—592	786.829	196.707	590121
\$1.059.226	593-596	1.059.226	264.806	794.419
			TOTAL	\$ 7.122.656

En tal orden de ideas, se ordena a la demandada Occidental Andina LLC hoy Sierracol Andina. devolver los aportes al Sistema General de Seguridad Social, por la suma de \$7.122.656, valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador durante el tiempo que le prestó servicios, debidamente indexados.

Corolario de lo discurrido se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada de fecha, origen y antecedentes reseñados, en los términos aquí precisados.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes vencidas en el recurso. Fíjense agencias en derecho de esta instancia a su cargo y favor de la parte demandante, una suma de 1 SMLMV, de conformidad con lo previsto en los arts. 365 y 366 del CGP aplicable por remisión del art. 145 del CPTSS.

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 los ordinales primero y segundo de la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal cuarto de la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, salvo su literal f), para en su lugar, condenar a la

empresa OCCIDENTAL ANDINA LLC hoy SIERRACOL ANDINA. a reconocer y pagar a favor del demandante las siguientes sumas:

- a. Cesantías \$18.606.610
- b. Intereses a las cesantías \$1.703.625
- c. Prima de Servicios \$18.408.668
- d. Compensación de las vacaciones \$9.303.305
- e. Sanción por no consignación de las cesantías \$154.395.280

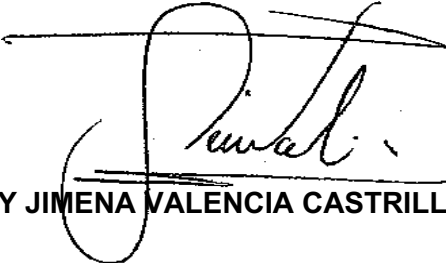
f. Devolver los aportes al Sistema General de Seguridad Social, por la suma de \$7.122.656, valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador durante el tiempo que le prestó servicios, debidamente indexados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes vencidas en el recurso. Fíjense agencias en derecho de esta instancia a su cargo y favor de la parte demandante, una suma de 1 SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-022-2020-00149-01
DEMANDANTE:	GLORIA SUSANA GÓMEZ SILVA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 19 de julio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre dos mil veintitrés (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 COLFONDOS S.A. y 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 19 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA SUSANA GÓMEZ SILVA** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-022-2020-00149-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros, bono pensional, aportes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, se ordene a COLPENSIONES a recibir todos los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de COLFONDOS S.A. con sus rendimientos correspondientes, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 14 de junio de 1964, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde octubre de 1986 hasta noviembre de 2003, data última que suscribió solicitud de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que COLFONDOS S.A. no le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a efectos de realizar la afiliación al traslado del régimen, ni tampoco le suministro información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con la cual se iría a pensionar, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Luego, el 17 de julio de 2007, realizó traslado horizontal a PROTECCIÓN S.A., sin que el asesor le informará acerca del régimen más conveniente ni le brindó una información precisa sobre una proyección personal de acuerdo a sus expectativas. Que elevó reclamación ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e

¹ Fs. 2 – 10 Archivo 004 Expediente Digital

² Fs. 2-27 Archivo 025 Expediente Digital

informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor. Aunado, que no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidenció causa y objeto ilícito de conformidad con el artículo 1508 del Código Civil.

Propone como excepciones de fondo: 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 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.

PROTECCIÓN S.A.³

La Administradora de Fondos de Pensiones con frontal oposición de las pretensiones, adujo que la suscripción del formulario de afiliación de la demandante se realizó de forma libre y espontánea, acto que abarca un verdadero contrato entre las partes, el cual generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, 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 selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

³ Fs. 2-39 Archivo 026 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

COLPENSIONES⁴

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o la configuración de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, a contrario sensu se hizo de manera libre y voluntario, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, ni tampoco cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de julio de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada el 7 de noviembre de 2003, en consecuencia, ordenó a la AFP privada PROTECCIÓN S.A. el traslado a Colpensiones del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, devolución de gastos de administración y aportes a seguros previsionales debidamente indexados, condenó a Colfondos S.A. a remitir a Colpensiones, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que duró la actora afiliada, condenó a Colpensiones a recibir los dineros proveniente de Porvenir S.A. y a efectuar los

⁴ Fs. 2-73 Archivo 027 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

ajustes en la historia pensional del demandante y condenó en costas a las demandadas.

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 a la parte 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 del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada de forma parcial al no estar de acuerdo con la condena en costas en primera instancia, aduciendo que se trata de un tercero que no participó en el acto de afiliación del demandante al RAIS.

La demandada **COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación de forma parcial, frente a la orden impartida de devolución de los gastos de administración, bajo el argumentó que no participó al momento de efectuarse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Agregó, que los gastos de administración no están destinados a financiar su pensión de vejez, y conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, pues se tratan de rendimientos financieros por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

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 GLORIA SUSANA GÓMEZ SILVA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

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 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 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 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 **COLFONDOS S.A.** el 7 de noviembre de 2009 (página 28 archivo 25 ED), luego se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 17 de julio de 2007 con fecha de efectividad del 1 de septiembre de 2007 (pág. 57 archivo 027 del 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 las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este 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 las AFP del RAIS demandadas, sino que

correspondían 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, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la actora a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN 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 las AFP demandadas 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 que no le asiste razón a **COLFONDOS S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 clara en señalar que para la época de traslado fue abordado por un asesor a través de su ex empleadora la Cooperativa Preservar CTA quien le manifestó que el ISS iba a desaparecer junto con el Régimen de prima media, que diligenció el formulario de manera voluntaria al referir el asesor que en el RAIS tendría una mejor mesada dependiendo de los aportes pero que ante la inminente desaparición del ISS era más beneficioso COLFONDOS S.A. Resaltó que no tenía conocimiento de las consecuencias jurídicas de trasladarse del RPM al RAIS como perder el régimen de transición, y nunca tuvo la oportunidad de sopesar cual régimen era más beneficioso atendiendo que venía cotizando en el RPM con anterioridad a la Ley 100 de 1993. (archivo de audio y video 039 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo

vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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 acertada la decisión de la A quo de ordenar a PROTECCIÓN 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 debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Sin embargo, habrá de adicionarse en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a COLFONDOS S.A. 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 confirmará 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 de la 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 la parte actora.

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, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás etapas procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

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:

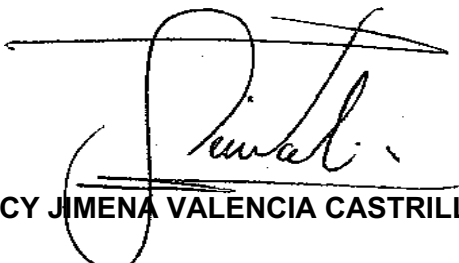
PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia del 19 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de primas previsionales por invalidez y sobrevivencia y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima durante el tiempo que perduró la afiliación de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-022-2020-00425-01
DEMANDANTE:	MARÍA YOLANDA PARRA
DEMANDADO:	FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP
ASUNTO:	Apelación de la Sentencia del 9 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Sustitución Pensional
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil vientes (2023), 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 de la entidad demandada en contra de la sentencia del 9 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA YOLANDA PARRA** contra el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.**, con radicado No. **11001-31-05-022-2020-00425-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP a reconocerle y pagarle la sustitución pensional a partir del 23 de julio de 2018, con ocasión del fallecimiento de Eduardo Guavita, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las mesadas pensionales y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que conformó con el causante una unión marital de hecho que se mantuvo desde el año 2000 hasta el momento de su deceso, compartiendo techo, lecho y mesa; posteriormente el 30 de abril de 2009 contrajeron matrimonio ante la Notaria Catorce de Bogotá. Adujo, que su fallecido cónyuge disfrutaba de su pensión de vejez reconocida por la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá a través de la Resolución No. 1264 de 1995. Que el 23 de julio de 2018 falleció su compañero, y por tanto solicitó a la AFP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero esta le fue negada., a través de la Resolución No. 1373 del 17 de octubre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la demandante, no acreditó el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del año 2003, esto es, haber convivido con el causante. Frente a los hechos aceptó la celebración del matrimonio de fecha 30 de abril de 2009, el reconocimiento y pago de la pensión que ordenó en vida al señor Eduardo Guavita y la reclamación elevada por la actora con su respuesta negativa mediante Resolución No. SPE-GDP No. 1373 del 17 de octubre del 2018.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de mesadas pensionales, improcedencia de los intereses moratorios y genérica.

¹ Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

² Archivo 06 Carpeta 01 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de agosto de 2022, condenó a FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES - FONCEP a reconocer a la demandante la sustitución pensional, a partir del 24 de julio de 2018, condenó al pago al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de octubre de 2018, declaró no probada la excepción de prescripción, y gravó en costas a la pasiva.

Como fundamentos de su decisión, la *A quo* señaló, como hechos ciertos la calidad de pensionado del causante mediante Resolución 1264 del 15 de diciembre de 1995, a partir del 16 de julio de 1993, expedida por la Caja de Previsión Social de Santa Fe de Bogotá D.C., la fecha en que la actora y el causante contrajeron matrimonio civil en la Notaria Catorce de Bogotá y la fecha de deceso del causante, esto es, el 23 de julio de 2018, según registros civiles de matrimonio y defunción respectivamente. Que a partir de esta calenda indicó que los parámetros a estudiar la referida sustitución pensional es la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones del art. 12 de la Ley 797 de 2003. Que a la parte activa le corresponde demostrar que convivió con el causante no menos de cinco años en cualquier tiempo, como soporte de lo anterior citó las sentencias SL 1399-2018, SL 5046-2018, SL 2010-2019, SL 359-2021.

Adujo, que, de conformidad a los medios probatorios arrimados al plenario, como la investigación aportada por la demandada y las manifestaciones efectuadas por los deponentes José Antonio Flórez Sánchez y Álvaro Ramiro Linares Martínez dan fe de una convivencia ininterrumpida por un espacio superior a los cinco años, convivencia que terminó por el deceso del causante. Indicó el primer testigo que la muerte del causante se debió por un momento de alicoramiento en que se cayó y posteriormente falleció. Así mismo, el segundo testigo manifestó que siempre convivieron juntos, que nunca se separaron y se comportaban como una pareja de esposos. En conclusión, encontró la Juez de instancia que se demostró una convivencia efectiva, con lazos de solidaridad, de ayuda mutua y que convivieron juntos como mínimo desde la fecha en que contrajeron matrimonio, esto es, desde el 30 de abril de 2009 hasta el 23 de julio de 2018, data de deceso del pensionado. Ordenó el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento que la

pasiva no se encontraba dentro de las reglas establecidas por la jurisprudencia patria para exonerarse del pago de intereses, como el conflicto de intereses o cambio jurisprudencial, situación que no aconteció al quedar demostrada la convivencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS CESANTIAS Y PENSIONES “FONCEP** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes debido a que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello, ya que no logró acreditar los cinco años de convivencia que se establecen en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Agregó, que el Despacho erró al darle plena validez a las manifestaciones efectuadas por los testigos y de los dichos de la actora en su interrogatorio de parte, pues de los mismos no se puede inferir que existió una convivencia ininterrumpida desde el momento en que se casaron hasta el deceso del pensionado. En consecuencia, al negar el derecho al pago y reconocimiento de la sustitución pensional, por sustracción de materia no es viable el pago de retroactivo e intereses.

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, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero,

determinar si la señora MARÍA YOLANDA PARRA tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de EDUARDO GUAVITA (Q.E.P.D.); segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Eduardo Guavita (Q.E.P.D.), falleció el 23 de julio de 2018, según se desprende del registro civil de defunción³; **2.** Que la demandante y el señor Eduardo Guavita contrajeron matrimonio el 30 de abril de 2009, en la Notaria Catorce de Bogotá, según registro civil de matrimonio obrante a pág. 20 del archivo 01 del ED. **3.** el causante fallecido, era pensionado por vejez, según Resolución GNR 1264 del 15 de diciembre de 1995, efectiva a partir del 16 de julio de 1993, en cuantía de \$1.252.704 para el año 2018. **3.** Que la demandante presentó reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada a través de Resolución GDP N.º 1373 del 17 de octubre de 2018 ⁴; **3.** Que la negativa de la pensión fue confirmada mediante Resolución SPE GDP No. 0001533 del 3 de diciembre de 2018.⁵

La pretendida pensión de sobrevivientes la consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...”

Aclarado lo anterior, frente al derecho de la demandante al pago de la sustitución pensional, como se estableció el causante falleció el **23 de julio de 2018**, las normas que gobiernan la situación pensional de la accionante, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de

³ Pág. 23 archivo 01 del ED.

⁴ Pág. 340-344 archivo 01 del ED.

⁵ Pág. 334-339 archivo 01 del ED.

la Ley 797 de 2003, respectivamente, normas que consagran que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la cónyuge, “o la *compañera o compañero permanente o supérstite*” quien deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y **haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.** Criterio que fue recordado en la Sentencia Radicado SL 1399 de 2018.

Continuando en esa senda, considera esta Sala, si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de la cónyuge no menos de cinco (5) años ininterrumpidos en cualquier tiempo.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL4227-2021, en la cual señaló, lo siguiente:

“Frente a pensionados fallecidos, esta Corte tiene adoctrinado que, aunque es verdad que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contempla que, para ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, tanto la cónyuge como la compañera deben acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante durante al menos cinco años continuos inmediatamente anteriores al deceso; también es cierto que, la Sala de Casación Laboral al efectuar una interpretación de dicha norma en concordancia con el literal b) ibidem, ha sostenido que la o el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente puede acceder al derecho pensional al demostrar el requisito de los cinco años en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social.”

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala comparte lo considerado por la *A quo* en relación con la convivencia de la promotora de la acción con el pensionado fallecido, pues se demostró una relación con vocación de permanencia, toda vez, que los medios de prueba practicados enseñan fehacientemente que la pareja convivió por un lapso muy superior al exigido por la norma, en razón a que los testimonios recaudados dentro del juicio; primero, son prueba contundente de la convivencia y; segundo, los mismos se ratifican con la prueba documental recaudada, conforme se pasa a explicar:

Ahora, dentro del proceso también se escuchó la declaración de Álvaro Ramiro Linares Martínez de ocupación pensionado, expuso que conoció al causante desde hace más de treinta años en el Barrio Quindío primer sector. Adujo, que de igual forma conoce a la demandante desde hace treinta años

porque también vivió en el Barrio Quindío. Refirió, que la demandante es hermana de una cuñada por eso tiene presente que entablaron un noviazgo desde el año 1999, y que a los pocos meses ya vivían juntos. Que se casaron en el año 2009 por matrimonio civil. Que convivieron inicialmente en una casita ubicada en el Barrio Quindío y luego se trasladaron al apartamento, que le consta lo anterior porque compartieron muchos momentos, que salían a tomar café o comer porque al testigo no le gusta tomar. Que el causante falleció en el mes de julio de 2018, señaló que tiene presente la fecha porque acudió al entierro. Manifestó, que durante el tiempo que conoció a la pareja nunca se separaron, que el señor vivía enfermo de las piernas y la actora lo cuidaba. Que la última vez que compartió con el causante fue a los pocos meses de que falleció, específicamente el señor Guavita visitó su antiguo Barrio Quindío, que en esa data conversaron y le comentó de su esposa, por eso tiene conocimiento que nunca se separó de su señora esposa, que sabía que tenía un problema grave en las rodillas y por eso se movilizaba en muletas. *(conteo de audio 042:00 a 1:02:50).*

El señor José Antonio Flórez Sánchez actualmente empleado de una empresa constructora, manifestó que conoció al causante desde el año 2014 con ocasión a que administraba el edificio donde vivía con la señora María Yolanda Parra, que entablaron una amistad y lo visitaba en su apartamento por eso le consta que el causante vivía con su esposa. Que el edificio estaba ubicado en la calle 42 al sur 10-71 oeste torre 5, que acudía dos o tres veces a la semana y siempre los observaba juntos y nunca se separaron. Que le consta, porque compartieron en el apartamento de la pareja, en las reuniones de la propiedad o en el supermercado. Señaló, que el señor Eduardo Guavita le gustaba tomar al frente de la tienda del edificio, que al momento de bajar un andén se cayó lo que le produjo su muerte. Que, si bien no estaba presente, le contaron los vecinos cuando acudió a las honras fúnebres. *(conteo de audio 025:00 a 41:53).*

Las anteriores declaraciones guardan precisión y no son contradictorias frente a lo expuesto por la actora al momento de absolver interrogatorio, en su declaración manifestó inicialmente que sus estudios son primarios y laboró en oficios varios. Frente a la convivencia con el señor Guavita, contestó que se conocieron en el Barrio Quindío aproximadamente en el año 1999, que el pensionado fallecido vivía al lado de una quebrada, que empezaron como amigos y luego formalizaron. Que convivieron juntos y nunca se separaron hasta el

momento de su muerte. Adujo, que siempre estuvo con su esposo acompañándolo en sus quebrantos de salud, que sufría de las piernas y debía acudir con frecuencia a terapias físicas. A la pregunta quien asumió los gastos fúnebres, contestó que a través de un seguro que en vida pagaban y lo que faltó lo asumió su hija. Refirió, que su esposo fallecido le gustaba salir a tomar con amigos, estar por el barrio o ir al apartamento de su hija. (conteo de audio 02:00 a 23:02).

Por otro lado, se tiene el informe técnico de investigación, efectuado por COSINTE LTDA por parte del Departamento de investigaciones de la entidad demandada, que además de corroborar los dichos de los anteriores deponentes, dialogó con la señora Magda Lily Aguilar Figueroa dejando constancia de lo siguiente *“refiere que conoce a la pareja desde hace más de 10 años que en el tiempo que los lleva distinguiendo nunca presencié una separación total o parcial, de la unión no existe hijos y desconoce la existencia de hijos por parte del causante”*, de la misma forma entabló comunicación con Diana Molina Muñoz y dejó constancia que también conoce a la pareja desde hace 10 años y nunca observó una separación entre ellos. Con todo lo anterior, la pasiva de manera sorpresiva concluyó que no se logró establecer la convivencia de los últimos cinco años de vida del señor Eduardo Guavita, a pesar que al unísono manifestaron una convivencia ininterrumpida por más de diez años.

Bajo los anteriores derroteros, se demostró una convivencia efectiva en los términos señalados por la jurisprudencia, por un espacio considerable por más de diez años, mantuvieron una relación de pareja con lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, pues es de recordar que la totalidad de los declarantes manifestaron esos lazos de apoyo sentimental y económico del fallecido Eduardo Guavita, solidaridad que fue correspondida por la demandante, quien expresó que acompañaba al causante a las terapias físicas y demás citas médicas por su impedimento al movilizarse. En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia de reconocer y pagar a favor de MARÍA YOLANDA PARRA la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del pensionado Eduardo Guavita.

Por otra parte, no escapa la atención de esta Sala de Decisión, que la Juez de primer grado, no materializó el derecho sustancial deprecado, pues no concretó la condena impartida a la parte demandada, ni ofreció los parámetros

para su liquidación, dado que su actividad jurisdiccional en dicho punto, se circunscribió a ordenar el pago del derecho suplicado, comportamiento este que no se ajusta a los lineamientos proscritos en materia laboral y de seguridad social, por cuanto los Jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, dado que éstas no pueden quedar en manera alguna al arbitrio de un tercero o de la misma parte vencida en juicio, tal como se dispone en el art. 283 del CGP aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social, por remisión del art. 145 del CPTSS, lo anterior, sin perjuicio, que en casos particulares, los operadores judiciales determinen los parámetros bajo los cuales debe hacerse la cuantificación de las condenas, circunstancia que no es la que acaece en autos, pues, contaba con todos los elementos de juicio para cuantificar el valor de la prestación.

Entonces, se tiene que las mesadas a reconocer, desde el 24 de julio de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2023 inclusive, suman \$93.152.841, en los términos del artículo 283 del CGP. En ese sentido se completará la decisión de primer grado. La liquidación de retroactivo pensional es la siguiente:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
24/07/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.252.704,00	6,23	\$ 7.808.521,6
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.292.540,00	13,00	\$ 16.803.020,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.341.657,00	13,00	\$ 17.441.541,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.363.258,00	13,00	\$ 17.722.354,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.439.873,00	13,00	\$ 18.718.349,0
01/01/23	30/09/23	13,12%	\$ 1.628.784,00	9,00	\$ 14.659.056,0
Total retroactivo				\$ 93.152.841,60	

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 93.152.841,6
Total	\$ 93.152.841,6

En relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent.. 33.161 del 31 de marzo de 2009). Esto, siempre y cuando no existe justificación

para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que FONCEP negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al demandante, aduciendo que no se demostró una convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores a la muerte del deceso del causante, pues como se anotó en precedencia, desde la misma investigación efectuada por la pasiva, las personas que fueron entrevistadas dieron fe de esa convivencia superior a diez años.

En ese sentido, no desatinó el juez de instancia al señalar que los intereses moratorios proceden a partir del vencimiento de los 2 meses con los que contaba la AFP para reconocer la prestación económica.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

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:

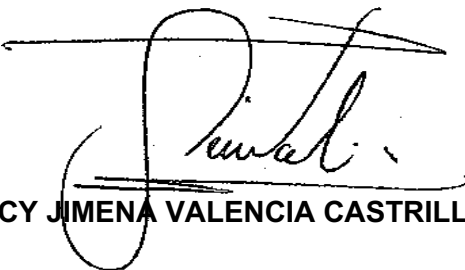
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 9 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de liquidar el retroactivo pensional reconocido en favor de María Yolanda Parra, y a cargo del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones FONCEP, en la suma de \$ **\$93.152.841**. a razón de desde el 24 de julio de

2018 hasta el 30 de septiembre de 2023. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-023-2023-00016-01
DEMANDANTE:	JAVIER GARCÍA PRIETO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 28 de agosto de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (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** 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 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JAVIER GARCÍA PRIETO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-023-2022-00272-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes provenientes de PORVENIR S.A. y a su vez, a computarlos como semanas efectivamente cotizadas al RPM y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de abril de 1956, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 1 de febrero de 1995, cotizando un total de 362.86 semanas, permaneciendo en dicho régimen hasta el mes de abril del año 2000. Que en la última data se trasladó a PORVENIR S.A., afiliación que se dio con omisión del deber de información, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que elevó petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Adujo, que la información fue suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó al demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la prestación.

¹ Fs. 1-14 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-20 Archivo 008 Expediente Digital

Insistió, que el traslado efectuado el 24 de marzo del 2000., fue producto de una decisión libre e informada, luego de que recibiera información de manera clara, precisa y veraz.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.

COLPENSIONES³

La AFP del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible tener al accionante como afiliado al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la vinculación al RPM junto con el número de semanas cotizadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y petición especial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de agosto de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante a PORVENIR S.A, en consecuencia, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, y condenó a la AFP privada a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje

³ Fs. 2-17 Archivo 009 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago, con recursos propios, ordenó a Colpensiones a recibir al actor en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual, y gravo en costas a Porvenir S.A.

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 a la parte 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 **COLPENSIONES**, informe con la totalidad de la sentencia, señaló que al demandante se le brindó suficiente información acerca del RAIS y las consecuencias de su traslado, que permaneció en dicho régimen por más de veinte años, lo que significa que pudo devolverse en cualquier tiempo antes de la prohibición de los diez años. Indicó, que la carga probatoria de demostrar esa falta de información recae en la parte actora y solamente se invertirá esa carga cuando se haya vulnerado alguna expectativa legítima al momento de efectuar su traslado al RAIS.

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, frente a la orden de devolución de gastos de administración, aportes a seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Para tal efecto, adujo que dichas sumas no están destinadas a financiar la prestación de vejez del acto conforme a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que como soporte de lo anterior citó un concepto de la jurisprudencia del 17 de enero del año 2020, en donde señala que únicamente podrá devolverse los aportes y rendimiento de la cuenta individual, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

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 JAVIER GARCÍA PRIETO 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 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, la solicitud de vinculación a **PORVENIR S.A.** de fecha 24 de marzo del año 2000 con fecha de efectividad a partir del 1 de mayo de 2000, (f. 22-143 Archivo 0008 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 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. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante, 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 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 no le asiste razón a **PORVENIR S.A.** en sus argumentos, pues contrario a su dicho, 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 el demandante fue claro en indicar para el año 2000, se desempeñaba como Fiscal Local en las oficinas de la Fiscalía ubicadas en la carrera 28 con avenida caracas (Bogotá D.C), siendo visitado por una asesora donde le indicó unas supuestas ventajas que tendría al cambiarse de régimen, que en el RAIS a diferencia del ISS tendría mejores beneficios y que el Seguro Social en ese entonces iba a desaparecer. Agregó, que no le explicaron las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni como financiaba la pensión y que la misma dependía de múltiples factores adicionales de edad y tiempo. (Min. 7:51-15:00 archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y 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, los gastos de

administración_que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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 acertada la decisión del A quo de ordenar **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la parte 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 debían 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 confirmará la sentencia en ese sentido.

En efecto, no le asiste razón a la AFP privada recurrente en insistir que no es procedente la orden de **indexación**. Es de señalar, como se mencionó que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional trae como consecuencia la devolución de todos los recursos acumulados en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que

cobraron cada uno de los fondos privados como cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que la afiliada estuvo en cada una de las administradoras; tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC. A cita de ejemplo véase la sentencia SL 4992-2021.

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 cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el actor.

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 confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago para cada una.

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:

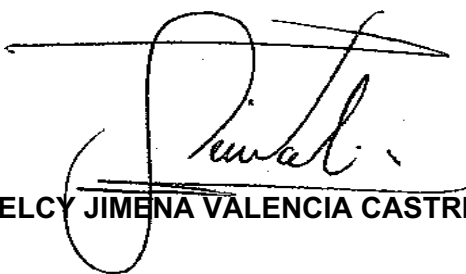
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y**

PORVENIR S.A., inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

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:	11001-31-05-025-2019-00549-01
DEMANDANTE:	LUIS EDELBERTO FAJARDO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 8 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 45 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión anticipada de vejez por hijo inválido
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), 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 por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad frente a la sentencia del 10 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS EDELBERTO FAJARDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-025-2019-00549-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle la pensión especial de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, desde el 1º de octubre de 2017, teniendo como IBL el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años o de toda la vida laboral, según lo más favorable, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el accionante nació el 20 de diciembre de 1.959 por lo que en la actualidad cuenta con 60 años y ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.440,71 semanas. Que contrajo matrimonio católico con la señora Martha Olinda León Buitrago el 27 de junio de 1.987, unión que tuvo cesación de los efectos civiles el 10 de junio de 1.997. Que fruto de la unión en referencia, fue procreado el joven Julián Fajardo León, quien nació el 9 de junio de 1989, teniendo en la actualidad la edad de 30 años. Que el 17 de julio de 2017, cuando el joven en mención contaba con 28 años, sufrió un accidente de tránsito, el cual le dejó secuelas de trauma craneoencefálico, razón por la que desarrolló una cuadriparesia espástica, dejándolo completamente inmovilizado. Que el 24 de enero de 2018 el joven Julián Fajardo León no presentaba mejoría, debido a que desarrolló una encefalopatía post reanimación, con compromiso cognitivo y motor requiriendo continuar con el tratamiento en su domicilio, con enfermería las 12 horas del día, además, en concepto del 28 de mayo de 2018 se indicó que padecía de epilepsia, por lo que sus actividades básicas son totalmente dependientes, por tanto, fue calificado en dictamen del 20 de septiembre de similar año, en cuyo dictamen se le determinó una PCL del 91,37% con fecha de estructuración del 7 de julio de 2017 y con la precisión que el tipo de enfermedad que padece su hijo es de tipo degenerativo, progresivo y crónico.

De otro lado, dijo que debido a la cesación de los efectos civiles del matrimonio que celebró con la señora Martha Olinda León, su hijo decidió vivir con él, y es por ello que en la actualidad se encuentra a su cargo física y económicamente, pues la madre del joven nunca le ha brindado una ayuda

¹ Páginas 1 a 4 Archivo 02 Expediente Digital

económica o cuota alimentaria, debido a que no trabaja ni recibe pensión, aunado a que tampoco se ha dedicado a su cuidado y acompañamiento, pese a las patologías que padece. Que se vio en la obligación de renunciar a su último empleo para dedicarse totalmente al cuidado de su hijo, motivo por el cual dejó de cotizar al Sistema General de Pensiones el 19 de septiembre de 2017. Que a mediados del año 2018 la Iglesia los Mormones decidió brindarle a él y a su hijo una ayuda temporal consistente en costear el tratamiento médico del joven Julián Fajardo, razón por la cual el 16 de abril de 2019 viajaron a los EEUU con el fin de recibir atención médica que permitiera recuperar en algún grado la movilidad del joven en mención, aunque las secuelas de su accidente no tienen cura. Que actualmente subsiste de la caridad de sus familiares, amigos y de la Iglesia los Mormones, lo cual no es suficiente para satisfacer sus necesidades básicas, ni las de su hijo. Que reclamó ante la entidad el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido, la cual le fue negada por la entidad, mediante Resolución SUB 56393 del 5 de marzo de 2019, por considerar que no acreditó su calidad de padre cabeza de familia, determinación que fue confirmada mediante la Resolución SUB 105059 del 2 de mayo de 2019.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que los actos administrativos expedidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, pues el actor no acredita los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, para ser acreedor del reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por su hijo Julián Fajardo, teniendo en cuenta que no acreditó el requisito esencial de ser padre cabeza de familia.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

² Archivo 21 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de agosto de 2023, declaró que el actor tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión especial de vejez por hijo inválido desde el 1º de octubre de 2017, en cuantía inicial de \$1.126.098, la cual debe reajustarse anualmente e incluirse en nómina debidamente actualizada; condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 1º de octubre de 2017 hasta el 31 de julio de 2023 a favor del actor, en suma de \$96.550.969, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando en adelante; precisó que la mesada pensional para el año 2023 corresponde a \$1.524.053, la cual deberá ajustarse cada año y en lo sucesivo con los incrementos de ley; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de noviembre de 2018, liquidados atendiendo la causación de las mesadas adeudadas y la tasa de interés moratorio más alta vigente para ese momento; absolvió a Colpensiones de las restantes pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones; autorizó a Colpensiones para que el valor del retroactivo se descuenten las sumas correspondientes a los aportes a salud a que haya lugar para que sean remitidos a la EPS a la que se encuentre afiliado el accionante; condenó en costas a la demandada.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que contrario a lo indicado por Colpensiones en sus diversos actos administrativos, el requisito de dependencia económica del hijo inválido frente al progenitor que solicita la pensión especial de vejez no equivale al concepto de madre o padre cabeza de familia, pues no es posible demandar exigencias que no están establecidas en la ley porque ello constituiría un obstáculo para que los ciudadanos accedan a tal prerrogativa en detrimento de sus derechos y los de sus hijos en condición de invalidez, quienes son sujetos de especial protección constitucional, como lo ha señalado en diversas sentencias la H. CSJ.

Agregó que los requisitos requeridos para acceder al derecho pensional reclamado implican cotizar el número mínimo de semanas exigidos en el RPM para acceder a la pensión de vejez, que el hijo sufra una invalidez debidamente

calificada, sea dependiente del progenitor y que este no se reincorpore a la vida laboral. En ese orden, advirtió que el convocante reúne las condiciones indicadas, pues cotizó 1.440,32 semanas, además, su hijo presenta una PCL del 91,37% con fecha de estructuración 7 de julio de 2017, e igualmente, los testigos dieron cuenta que este depende económicamente de su padre, quien asume su manutención y cuidado, acotando que la madre del joven Julián Fajardo no le ayuda económicamente y asume el cuidado de manera eventual. Añadió que no existe prueba de una recuperación del hijo del actor, aunado a que este no se ha reincorporado a su vida laboral porque no ha cotizado desde el 31 de agosto de 2017 y, aunque según los declarantes realiza oficios varios, ello es apenas obvio, en tanto la ley y la jurisprudencia no exigen que el afiliado se encuentre en un estado total de indefensión, porque debe propender por su subsistencia y la de su hijo.

Conforme a ello, reconoció la prestación desde el 1º de octubre de 2017, en cuantía hallada con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y con porcentaje del 68,7%, la cual debe pagarse por 13 mesadas al año, atendiendo al Acto Legislativo 001 de 2005. También señaló que es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, dado su carácter resarcitorio, lo cual procede desde el 1º de noviembre de 2018, considerando que el actor reclamó el derecho desde el 31 de julio de símil año.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que negó de buena fe la solicitud de reconocimiento de la pensión especial por hijo inválido, debido a que de conformidad con la investigación administrativa, la señora madre del joven Julián Fajardo, como lo dijo en su declaración, podía ayudar a la manutención del hijo y no era necesario que el actor estuviere presente en el cuidado de este, dado que realizaba varios trabajos adicionales. Agregó que los dineros a reconocer por parte de la entidad, serán pagados debidamente indexados, por lo que no son procedentes los intereses moratorios, porque ambas condenas tienen la misma finalidad, cual es la de mantener el poder adquisitivo de la moneda.

Señaló que por mandato constitucional, los dineros que se encuentran a cargo de Colpensiones están destinados únicamente para el pago de mesadas pensionales, de suerte que no hay lugar a imponer condena en costas en contra de la entidad.

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, el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, el determinar; primero, si el demandante tiene derecho a la pensión anticipada de vejez por hijo inválido que reclama; segundo, si procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y; tercero, si es procedente condenar a COLPENSIONES al pago de costas procesales.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que LUIS EDELBERTO FAJARDO es el padre de JULIÁN FAJARDO LEÓN, nacido el 9 de junio de 1.989, según se desprende del registro civil de nacimiento de este último (página 21 archivo 04 ED); **2.** Que JULIÁN FAJARDO LEÓN fue calificado por COLPENSIONES mediante dictamen del 20 de septiembre de 2018, con un 91,37 % de PCL de origen común, estructurada el 7 de julio de 2017, por los diagnósticos de secuelas de traumatismo intracraneal y cuadriplejía espástica (páginas 26 a 32 Archivo 04 del ED); **3.** Que el demandante elevó reclamación administrativa

de la pensión especial de vejez por hijo inválido, el 31 de julio de 2018, la cual le fue negada a través de Resolución SUB 56393 del 5 de marzo de 2019, confirmada mediante Resolución SUB 105059 del 2 de mayo de 2019 (páginas 43 a 50 y 53 a 59 archivo 04 del ED).

Para resolver el primer problema jurídico planteado, es preciso recordar que la regulación legal del derecho a la pensión especial de vejez por hijo inválido se encuentra en el inciso segundo del Parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual, después de las precisiones hechas por la Corte Constitucional dentro de las sentencias C-1024 de 2004 y C-989 de 2006, establece que la madre o padre trabajador cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre o padre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral.

En cuanto al *ítem* de la dependencia, resulta importante resaltar que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha precisado que este aspecto no se reduce a la asunción de los gastos que demande el hijo discapacitado, pues el espíritu de la norma que rige esta subclase de pensión de vejez, está sustentado en la posibilidad de eximir al padre o la madre de cumplir a cabalidad con el requisito de la edad para acceder a la prestación en términos normales, a fin de que pueda dedicarse a la atención y cuidado de su descendiente afectado por una situación de invalidez, desligándose de cualquier actividad productiva, sin presentar afectación en los ingresos para la subsistencia familiar

La misma Corporación, de vieja data, ha decantado que en asuntos como el estudiado, no puede exigirse a quien predica ser beneficiario de esta prestación especial, la condición de padre o madre cabeza de familia, como quiera que ello no corresponde a un requisito exigido en la norma aplicable.

En la Sentencia SL1574 de 2021, dentro de la cual la Sala Laboral de la CSJ, reitera su línea jurisprudencial sobre esta pensión especial de vejez, indicó lo siguiente:

“(…) los requisitos que ha de cumplir un afiliado al Sistema General de Pensiones para acceder a la asignación especial señalada, son los siguientes:

- Que haya cotizado al Sistema, al menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;*
- Que su hijo padezca una invalidez física o mental, debidamente calificada;*
- Que la persona en situación de discapacidad dependa económicamente de su madre o de su padre, según fuere el caso.*

A su vez, la disposición establece las siguientes condiciones para la conservación de la pensión especial:

- Que el hijo permanezca afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre; y*
- Que el padre o la madre no se reincorpore a la fuerza laboral.*

*A la luz de este esquema, resulta fácil constatar que la norma no permite avalar la tesis del Tribunal, pues, a decir verdad, **la preceptiva citada no contempla expresamente que el padre o la madre de quien sufre una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, necesariamente deba tener la condición de cabeza de familia.** Por lo tanto, la interpretación del ad quem, constituye, en realidad, una restricción indebida a la satisfacción de un derecho de stirpe fundamental, como lo es el de la seguridad social, especialmente de quienes se encuentran en situación de discapacidad.*

Al respecto, en la sentencia CSJ SL17898-2016, reiterada en las providencias CSJ SL1991-2019, CSJ SL3772-2019, CSJ SL2585-2020, y CSJ SL4903-2020, dijo la Corte:

[...] En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

*Y es precisamente, en ese sentido que **la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial, constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma.** Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, **tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de***

familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, **esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.**

Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres.

En efecto, el numeral 7 del artículo 42 de la Constitución Política, establece que «La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, **y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos**» (resaltado no es original). De ahí que por su consagración constitucional, el derecho de alimentos -entendido como: todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, así como la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto³-, constituya por excelencia un derecho fundamental de toda persona, por tanto, la ley y la jurisprudencia deben propender por ubicar esta figura en claros escenarios de prevalencia.

Ahora, en los términos del artículo 413 del Código Civil, los alimentos pueden ser congruos o necesarios y comprenden la obligación de ambos padres, de proporcionarlos a sus hijos hasta el advenimiento de la mayoría de edad, es decir, hasta los dieciocho (18) años según lo establece la Ley 27 de 1977. Esta limitante de la mayoría de edad, claramente resulta intrascendente, en el caso de que los hijos sean inválidos como

³ Artículo 24 de la Ley 1098 de 2006.

en el sub lite, pues en tal caso, la obligación permanecerá indemne hasta tanto persista esa condición.

Y es que la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, se ubica en forma primigenia dentro de los deberes que se generan en el seno de una familia, y pese a que se trata de un tema preciso y específico del campo civil, varias disposiciones nacionales se ocupan del tema. Para no ir más lejos, en materia de seguridad social, en tratándose de las pensiones de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad, esta Sala ha sostenido que se presume la dependencia económica respecto del causante, posición que también ha sido avalada por la Corte Constitucional.

Entonces, **la falta de la condición de madre cabeza de familia, no puede erigirse como un elemento constitutivo de marginación para acceder a la prestación reclamada,** cuando, por lo visto, los hijos menores e inválidos, por ley dependen económicamente de sus dos progenitores, y precisamente, la pensión especial propende porque uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no solo del discapacitado sino de su padre o madre según el caso.

Por eso, resulta claro que ese derecho también está ligado a otras garantías fundamentales como el mínimo vital, alimentos y seguridad social.

En esencia, no puede avalarse una interpretación restrictiva del precepto que consagra la prestación pensional que se reclama, en los términos que lo realizó el Tribunal, pues hacerlo, sería tanto como condicionar su procedencia a la extinción de un deber jurídico del otro progenitor, esto es, de su obligación de brindar alimentos a su hijo inválido.

Así las cosas, la exégesis que le imprime la Sala al mencionado requisito de dependencia económica para acceder a la pensión especial consagrada en el parágrafo 4 del artículo 9, inciso 2 de la Ley 797 de 2003, coincide con el interés proteccionista del legislador frente a este grupo de extrema vulnerabilidad, merecedor de una especial consideración, así como con la necesidad de avanzar en la concesión de algunos beneficios conforme el principio de progresividad que caracteriza el Sistema de Seguridad Social Integral.

Aunado, esta postura no desentona con la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-989 de 2006, pues si bien en dicha providencia se acudió a las expresiones «madre cabeza de familia» y «padre cabeza de familia», ello no tuvo como fin darle el significado entendido por el ad quem, en tanto en dicha oportunidad, esos conceptos se equipararon a los de «madre trabajadora» y «padre trabajador», para excluir una discriminación por razones de género en vista que la norma solo aludía al primero de ellos.

El desvío interpretativo del ad quem se hizo más agudo al entender que, según la preceptiva bajo lupa, el afiliado debe tener «el cuidado exclusivo de su hijo discapacitado», pues, además de que una exigencia de tal calidad no se encuentra expresamente consagrada en tal previsión normativa, y tampoco se deriva de su texto, por sí sola ella repugna a la lógica, pues como acertadamente lo pusiera de presente el recurrente, carece del mínimo sentido común exigirle al padre o a la madre que trabaje, y que al mismo tiempo se ocupe de los cuidados personales del hijo en situación de discapacidad. En ese sentido se pronunció la Corte en la sentencia CSJ SL3617-2020, en la que razonó:

*[...] Del mismo modo, se reitera lo dicho por esta Sala, **en cuanto a que tal dependencia tampoco viene asociada a que el padre o madre deba ser responsable exclusiva/o del cuidado de su hijo.** Esa exigencia conllevaría a que una persona deba dedicarse tiempo completo a proporcionar la atención y asistencia que requiera su hijo y, simultáneamente, se encuentre activo laboralmente para así reunir las cotizaciones mínimas. Dicho de otro modo, no resulta razonable exigir a Holmes León Galvis Elvira el acompañamiento permanente de su hija y, a la vez, que esté activo en el mercado laboral para completar el mínimo de semanas, exigencia que no solo raya con las reglas de la lógica, también constituye un obstáculo serio para la realización del derecho a la seguridad social y la real protección debida a los hijos en condición de discapacidad.”*
(Énfasis de la Sala)

Conforme lo adocinado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, se tiene que para que un afiliado cause el derecho a la pensión especial de vejez por hijo inválido, debe cumplir tres requisitos a saber: I) Haber cotizado al sistema el mínimo de semanas exigido en el RPM para acceder a la pensión de vejez; II) Tener un hijo que padezca una invalidez física o mental, debidamente calificada y; III) que el hijo dependa económicamente del padre reclamante de la prestación. Así mismo, de la norma se desprenden dos requisitos adicionales para conservar el derecho pensional causado, como son: I) Que el hijo permanezca afectado por la invalidez y dependiente del padre reclamante de la prestación y; II) Que este último no se reincorpore a la fuerza laboral.

Esta precisión hecha por la Sala Laboral de la CSJ, deja sin sustento la exigencia de cualquier requisito adicional que no se desprenda del texto y el espíritu de la norma que consagra el derecho, como exigir que el padre que reclame el derecho debe ser cabeza de familia que fue precisamente el argumento por el cual COLPENSIONES negó el derecho pensional al

promotor de la acción en sede administrativa, pues así se extrae de las Resoluciones SUB 56393 del 5 de marzo de 2019 y SUB 105059 del 2 de mayo de 2019 (páginas 43 a 50 y 53 a 59 archivo 04 del ED).

En el caso bajo estudio, de la historia laboral aportada por COLPENSIONES en el expediente administrativo, se tiene que el señor LUIS EDELBERTO FAJARDO cotizó entre el 8 de noviembre de 1988 y el 31 de agosto de 2017, un total de 1440,71 semanas⁴, con lo cual acredita con suficiencia el cumplimiento del primero de los requisitos anteriormente señalados, pues supera con creces el mínimo de 1300 semanas exigidas en el RPM para acceder a la pensión de vejez. Adicionalmente, como se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, no encuentra discusión que el demandante es el padre de JULIÁN FAJARDO LEÓN, quien fue calificado con un 91,37 % de PCL de origen común, estructurada el 7 de julio de 2017, por los diagnósticos de secuelas de traumatismo intracraneal y cuadriplejía espástica, con lo cual se acredita el cumplimiento del segundo de los requisitos de la norma.

Ahora bien, en relación con el tercer requisito para acceder a la prestación reclamada, esto es, la dependencia económica del hijo inválido respecto de su padre, la misma quedó demostrada con los testimonios arrojados al proceso. Así, nótese que el señor Yohany Antonio Aguilar, en calidad de cónyuge de una sobrina del demandante, adujo que lo conoce junto a su hijo hace 10 años y que le consta que el joven Julián Fajardo se encuentra en cama y no puede comunicarse con nadie, pues no responde a ningún estímulo externo, además, que su padre es quien se encuentra a cargo de su cuidado, alimentación, baño, cambio de ropa y de llevarlo a sus citas médicas. Preciso que el hijo del demandante se encuentra en esa condición desde el año 2017 y es el papá quien desde esa fecha ha estado permanentemente con él, sin embargo, precisó que el actor esporádicamente se dedica a oficios varios para obtener ingresos que le permitan el sustento de ambos, y que la madre del joven Julián Fajardo sólo los apoya eventualmente con el cuidado, dado que ella reside en otra ciudad y no tiene ningún ingreso para contribuir económicamente (Min. 11:48 – 22:30 Archivo 33 del ED).

⁴ Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1946-20210316121653.PDF del Expediente Administrativo

Por su parte, la señora Luz Emilse Olarte Pardo, en condición de esposa de un sobrino del actor, adujo que lo conoce junto con su hijo hace 12 años. Que el joven Julián Fajardo se encuentra postrado en una cama desde el año 2017 a causa de un accidente, que no se puede valer por sí mismo, siendo el accionante el encargado desde esa data del cuidado de su hijo, de manera tal que le suministra su alimentación especial, se encarga del cambio de su pañal y de todo lo que necesite. Que la madre de joven Julián Fajardo, la señora Martha Olinda León presta ayuda ocasional porque ella vive en Fresno, acotando que en todo caso no efectúa ningún apoyo económico. Que el sustento de ambos se solventa con ayudas familiares y lo que le llega al actor de trabajos esporádicos que realiza como ayudante, además, residen en la casa de habitación de la abuela materna de Julián Fajardo (Min. 23:09 – 33:38 Archivo 33).

Finalmente, Martha Olinda León Buitrago en calidad de madre del joven Julián Fajardo, adujo que conoce al actor desde hace 36 años porque fue su esposo durante 6 años. Que su hijo se encuentra en estado vegetativo porque tuvo un accidente de tránsito, resaltando que es el demandante el encargado del suministro de su alimentación, aseo y cuidado, todos los días, lo cual realiza desde que tuvo lugar el siniestro. Que la testigo no los apoya económicamente porque no tiene la forma, pero su ayuda es indirecta porque ellos residen en la casa de habitación de su madre, además, apoya con el cuidado cada 20 días cuando visita a su hijo, ya que vive en el Municipio de Fresno-Tolima. Que la familia del actor y de la testigo los apoyan económicamente, ya que el señor FAJARDO se quedó sin trabajo desde el año 2017 (Min. 35:27 – 46:59 Archivo 33).

A juicio de la Sala, los declarantes se muestran claros, responsivos y espontáneos respecto de cada una de las circunstancias sobre los cuales fueron interrogados y la forma en que percibieron la realidad de los hechos informados, además, tienen la virtud de acreditar la dependencia económica del hijo respecto del padre, pues este con los pocos ingresos que obtiene los destina a su manutención, lo cual no se desdice por el hecho de que los testimonios dieran cuenta de ayudas familiares, dado que lógicamente el accionante no tiene la posibilidad de dedicarse tiempo completo a una actividad laboral, al encargarse del cuidado de su hijo de manera total.

En ese sentido, se encuentran satisfechos todos y cada uno de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido, pues con dicho reconocimiento se está cumpliendo el espíritu de la norma, que no es otro, que el señor LUIS EDELBERTO FAJARDO pueda dedicarse al cuidado de su hijo JULIÁN FAJARDO LEÓN.

Así las cosas, se confirmará la decisión en cuanto ordenó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido en favor del promotor de la acción. En cuanto a la fecha a partir de la cual procede el disfrute de la prestación, la Sala también confirmará la data declarada por la A quo, que fue 1º de octubre de 2017, pues aunque la última cotización fue realizada el 31 de agosto de símil año, este aspecto no fue impugnado por el convocante; lo que adicionalmente permite inferir, que ninguna mesada pensional se encuentra afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues habiéndose hecho exigible el derecho en la fecha antes indicada, el demandante contaba con tres años para ejercer la acción judicial, y la demanda fue presentada, el 2 de agosto de 2019 (Archivo 06 ED), es decir, antes de cumplirse el trienio establecido en el artículo 151 del C.P.T. y S.S.

En cuanto al monto de la pensión, se tiene que en efecto la misma debe liquidarse conforme a lo previsto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, cálculo que una vez efectuado por esta Sala de Decisión con apoyo del Grupo Liquidador de la Corporación, se tiene que la primera mesada pensional para el año 2017 asciende a la suma de \$1.065.776, la cual resulta de aplicar una tasa de 67,43% a un IBL de \$ 1.580.595,94, como se observa de la liquidación que se discrimina a continuación. El número de mesadas serán trece en razón a que la pensión se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, es decir, no encuadra dentro de la excepción prevista en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2007	142	61,330	93,11	1,518	\$ 1.009.000,00	\$ 1.531.843,96	\$ 7.250.728,07
2008	360	64,820	93,11	1,436	\$ 1.035.250,00	\$ 1.487.073,86	\$ 17.844.886,30
2009	360	69,800	93,11	1,334	\$ 1.134.000,00	\$ 1.512.704,01	\$ 18.152.448,14
2010	360	71,200	93,11	1,308	\$ 1.172.000,00	\$ 1.532.653,37	\$ 18.391.840,45
2011	360	73,450	93,11	1,268	\$ 1.225.666,67	\$ 1.553.734,83	\$ 18.644.817,97
2012	360	76,190	93,11	1,222	\$ 1.290.000,00	\$ 1.576.478,54	\$ 18.917.742,49
2013	360	78,050	93,11	1,193	\$ 1.351.166,67	\$ 1.611.878,65	\$ 19.342.543,75
2014	360	79,560	93,11	1,170	\$ 1.405.166,67	\$ 1.644.483,01	\$ 19.733.796,13
2015	360	82,470	93,11	1,129	\$ 1.469.500,00	\$ 1.659.089,91	\$ 19.909.078,94
2016	360	88,050	93,11	1,057	\$ 1.540.000,00	\$ 1.628.499,72	\$ 19.541.996,59
2017	218	93,110	93,11	1,000	\$ 1.643.344,10	\$ 1.643.344,10	\$ 11.941.633,80
Total días	3600	Total devengado actualizado a: 2017					\$ 189.671.512,63
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.580.595,94
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					67,43%
		Primera mesada					\$ 1.065.775,68
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2017					\$ 737.717,00

Realizada la liquidación del retroactivo pensional causado entre el 1º de octubre de 2017 y el 31 de octubre de 2023, conforme la concreción y actualización de la condena ordenada por el artículo 283 del C.G.P., arroja la suma de **\$95.706.215,00**, el que se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago, por lo que se modificará la sentencia en este sentido.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/10/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.065.776,00	4,00	\$ 4.263.104,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.109.366,00	13,00	\$ 14.421.758,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.144.644,00	13,00	\$ 14.880.372,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.188.140,00	13,00	\$ 15.445.820,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.207.269,00	13,00	\$ 15.694.497,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.275.118,00	13,00	\$ 16.576.534,0
01/01/23	31/10/23	13,12%	\$ 1.442.413,00	10,00	\$ 14.424.130,0
Total retroactivo				\$ 95.706.215,00	

Con relación a los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos se generan una vez vence el plazo de 4 meses que por ley tiene la entidad administradora para el reconocimiento de la pensión de vejez. Al respecto, ha dicho el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral que los intereses moratorios tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por lo cual no dependen de la buena o mala fe del deudor, sino que son procedentes ante la circunstancia objetiva de mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, ya sean completas o parte de ellas (CSJ SL2659-2021 y CSJ SL2843-2021).

En el presente asunto, le asiste razón al Juzgado de Conocimiento sobre la procedencia en su reconocimiento, pues en efecto se observa que desde el 31 de julio de 2018 el actor presentó la reclamación administrativa, e

incluso la demandada dio respuesta a la misma a través a través de la Resolución SUB 56393 del 5 de marzo de 2019, negando la prestación bajo el argumento que no ostentaba la condición de padre cabeza de familia, requisito no previsto en la ley, como ya se anotó. En ese sentido, los intereses moratorios resultan procedentes, pero no desde la fecha declarada por la juez A quo, sino desde el 1º de diciembre de 2018, día siguiente al vencimiento de los cuatro meses con que contaba COLPENSIONES para reconocer la prestación y, se causarán hasta la fecha efectiva de pago de las mesadas adeudadas.

Hay que resaltar que los argumentos de la pasiva respecto de los intereses no son atendibles porque en este caso no procede la indexación y por ende, la entidad no debe proceder al pago de esta última cuando cancele en su totalidad el retroactivo pensional causado a favor del extremo activo.

Finalmente, en relación con la condena en costas objeto de reproche por la recurrente. 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, por lo que considera la Sala que no le asiste razón a la apelante, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar su actuar durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que mantuvo su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

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 cuando la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, razón por lo que se confirmará la decisión en ese sentido.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será modificada. Las Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la Sentencia del 10 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** que el demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión especial de vejez por hijo inválido desde el 1º de octubre de 2017, en cuantía inicial de \$1.065.776, cuyo valor actualizado deberá incluirse en nómina, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 10 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por las mesadas pensionales causadas desde el 1º de octubre del 2017 hasta el 31 octubre de 2023 a favor del actor en suma de \$95.706.215, sin perjuicio de las que se sigan causando en adelante. La mesada pensional para el año 2023 corresponde a \$1.442.413, la cual deberá ajustarse cada año y en lo sucesivo con los incrementos de ley, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

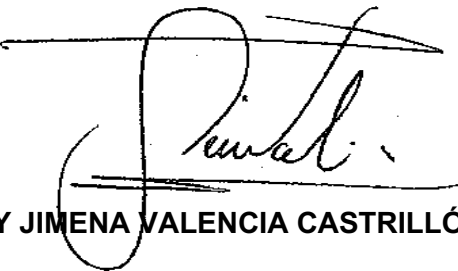
TERCERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia del 10 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de diciembre de 2018, liquidación que efectuará la accionada atendiendo la causación de las mesadas adeudadas y la tasa de interés moratorio más alta vigente para el momento del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.
Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente al SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada