



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 01-2019-01286-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES/ PORVENIR S.A/ PROTECCION S.A**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION DEMANDANTE/ PORVENIR S.A/
COLPENSIONES /Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, PORVENIR S.A Y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, como las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 27 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A, como aparece

en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

"PRIMERA: DECLARAR LA ANULACION POR INEFICACIA del traslado de la señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ y su afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión del Fondo de Pensiones SOCIEDAD DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., del deber de profesional de información.

SEGUNDA: ORDENAR el TRASLADO y la AFILIACION de la Señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.

TERCERA: ORDENAR a PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., (fondo de pensión actual), la devolución a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con sus respectivos rendimientos causados.

CUARTA: ORDENAR a PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., (fondo de pensión actual), a no descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración o cualquier otro.

QUINTA: ORDENAR a PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., (fondo de pensión actual), que debe asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado.

SEXTA: ORDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR la devolución a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con sus respectivos rendimientos causados.

SEPTIMA: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a no descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración o cualquier otro.

OCTAVA: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, que debe asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado.

NOVENA: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a reintegrar a la demandante señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ el pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho.

DECIMA: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a reintegrar a la señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ el pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho.

DECIMA PRIMERA: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reintegrar a la señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ el pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho”.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 30 de noviembre de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 26 de agosto de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 27 de marzo de 2023:

“PRIMERO: DECLARÓ la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ, identificada con la C.C. No 51.637.090, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

SEGUNDO: conforme lo expuesto en precedencia. ORDENÓ a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ, identificada con la C.C. No 51.637.090 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

TERCERO: ORDENÓ a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, trasladar con destino a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ, identificada con la C.C. No 51.637.090 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARÓ que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARÓ no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia”.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE, como las demandadas (PORVENIR S.A Y COLPENSIONES S.A) apelaron el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

PARTE DEMANDANTE:

1. De la exoneración de costas en primera instancia a las demandadas:

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial, frente a la decisión de no condenar en costas procesales a las entidades demandadas.

Argumenta que la condena en costas hizo parte de las pretensiones concedidas, la cual fue debidamente controvertida por las demandadas que se opusieron de forma activa a la misma, siendo una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y del debate surtido en instancias judiciales por lo que las

mismas deben ser reconocidas. Además, sostiene que, se debe tener en cuenta lo estipulado en el artículo 365 del código general del proceso el cual indica que se condenará en costas a las partes vencidas dentro del proceso, hecho que ocurrió en el presente caso.

PORVENIR S.A:

1. De la indebida valoración probatoria realizada por el a quo:

Indica el apoderado de porvenir, que para el momento del trasladó de régimen pensional no había impedimento alguno para su perfeccionamiento ya que, si bien existía un deber de información primigenio, el mismo se limitaba a una ilustración sobre las características esenciales del régimen de ahorro individual, donde además se debía garantizar el derecho a la libre elección sin coartarla conforme lo preceptuado en el literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Bajo la misma linea, argumenta que la demandante recibió una asesoría verbal por parte de un asesor comercial de la AFP porvenir y que se suscribió un formulario de afiliación el cual, si bien se considera como insuficiente para dar cuenta del cumplimiento del deber de información, debe igualmente valorarse que sin la existencia de este no hubiese sido posible el traslado de régimen pensional de la demandante, quien reconoció haber firmado el documento por lo que, los datos allí consignados en efecto correspondían con la realidad actual de la misma.

2. Obligaciones de los consumidores financieros:

Señala que en este tipo de asuntos no puede desconocerse las obligaciones que le son atribuibles a los consumidores financieros, donde una de ellas es mantenerse informado de las condiciones pensionales a los cuales se encuentren vinculados y que, sin embargo, la señora demandante lleva más de 20 años afiliada al régimen de ahorro individual manifestando su oposición ya estando inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen pensional.

3. De los efectos de la ineficacia del traslado (devolución de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima):

Se aparta igualmente de la condena impuesta acerca de devolver conjuntamente los gastos de administración, seguros previsionales y sumas o porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, señalando que, hoy en día porvenir no posee haberes de la demandante ya que los mismos fueron trasladados en su

debido momento a la AFP protección por lo cual se estaría afectando el patrimonio propio de porvenir, quien obró bajo absoluto cumplimiento de la regulación al momento en que se trasladó a la demandante y durante los 5 meses de su afiliación con la AFP.

4. Sobre la indexación:

Puntualiza, que existen distintos pronunciamientos en los cuales se ha considerado que la indexación no resulta ser procedente bajo el entendido de que una vez se trasladen los rendimientos financieros, estos permiten a Colpensiones asumir eventuales contingencias a el momento de un reconocimiento pensional y de igual manera que los mismos satisfacen con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la cotización de los afiliados.

COLPENSIONES:

1. De la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003:

Indica la apoderada que a la demandante, no le asiste razón ni derecho a que se declare la ineffectiva de traslado al régimen pensional, toda vez que, se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el art. 2 de la ley 797 del 2003 el cual señala que una persona no puede trasladarse de régimen pensional cuando le faltare menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse y en este orden de ideas como se vislumbra dentro del escrito de demanda y el interrogatorio de parte, la demandante ya cuenta con 60 años de edad, cumpliendo así ya la edad requerida para pensionarse en el régimen de prima media.

2. De la carga dinámica de la prueba:

Señala, que en cuanto a la existencia de algún vicio o la falta de información que aduce la demandante, esta debió ser probada dentro del proceso, como lo establece el artículo 167 del código general del proceso donde le incumbía a la parte actora probar este hecho. En esa misma linea, argumenta que la jurisprudencia ha sido amplia en el tema de la carga dinámica de la prueba en temas de nulidad o ineffectiva de traslado y cita la sentencia C-086 del 2016 en la cual sostiene, se realizó un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo en mención y donde se estableció que dicha carga será asumida por quien se le ha vulnerado expectativas legítimas, caso en el cual no aplica dado que la demandante al momento de efectuar

su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no se encontraba inmersa en ninguna prohibición, ni próxima a pensionarse por el régimen de transición.

3. Del desconocimiento de la normatividad y el desinterés de la actora.

Manifiesta que, los beneficios, condiciones, características ventajas y desventajas de cada régimen se encuentran en la ley 100 de 1993 y dicha normatividad es de alcance nacional la cual, pudo ser consultada por la demandante antes de trasladarse de régimen y en cualquier momento para efectos de poder retornar al de prima media. Por lo que, se estaría frente a un error de derecho el cual no sirve de excusa para el desconocimiento de la normatividad. Del mismo modo, señala que se vislumbra una negligencia por parte de la actora en el entendido que esta solo se preocupó de su futuro pensional cuando ya estaba próxima a pensionarse y no antes de que dicha situación acarrearía consecuencias.

4. Sobre la descapitalización del sistema de seguridad social en pensiones.

Finalmente expone la apoderada que, si bien es cierto que en principio se recibirían todos los aportes dentro del régimen que la demandante efectuó en el RAIS, a futuro para Colpensiones no sería rentable financiar una prestación a la misma, pues se dejaría en desventaja las personas que sí han estado dentro del RPM por más de 20 años y que de igual forma están próximos a cumplir la edad requerida, o que ya cuentan con esta y las semanas para así pensionarse; por lo tanto, se hallaría una contra vía del art. 48 de la Constitución Política de Colombia y en ese entendido se estaría descapitalizando el sistema de Seguridad Social.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la ineeficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **GLORIA EDITH MOYA JIMENEZ** el día 12 de septiembre de 2001, al igual que los demás traslados horizontales efectuados 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA y AFP

PROTECCION S.A, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A el 12 de septiembre de 2001, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2001. Posteriormente, se trasladó a AFP ING el 18 de marzo de 2002, efectiva a partir del 1 de mayo de 2002; y finalmente, por una cesión por fusión, quedo afiliada a la AFP PROTECCION S.A el 31 de diciembre de 2012, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2012 (folio 51 contestación PROTECCION S.A Archivo 01 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o trasladados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demonstrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral de la demandante; AFP PROTECCION S.A aporto: Historial de vinculaciones SIAFP, formulario de afiliación, historia laboral de la demandante, respuesta a los derechos de petición con fechas del 16 y 20 de agosto de 2019, movimiento de ahorro de cuenta individual, historia laboral de bono pensional, concepto emitido por la SF, comunicado de prensa; AFP PORVENIR SA aporto: formulario de afiliación, certificado de egreso, historia laboral consolidada, reporte histórico de movimientos, derecho de petición y su respuesta, relación de aportes, historial de vinculaciones SIAFP, consulta viabilidad en Asofondos, concepto de la SF, comunicados de prensa y respuesta del ministerio de hacienda.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de septiembre de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 12 de septiembre de 2001, la demandante tenía 299 semanas (f. 39 demanda archivo 8 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 25 de abril de 1962 (f. 21 demanda archivo 1 del expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición por parte de PROTECCION de la historia laboral de la demandante había cotizado 1.191 semanas, (f. 89 contestación demanda archivo 1 del expediente digital); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 12 de septiembre de 2001, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION S.A, tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano de cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fis. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas

por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, frente a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación

de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

Ahora bien, respecto de la manifestación hecha por el apoderado de la demandada porvenir, acerca de la no procedencia de la indexación de los valores objeto de condena impuesta por el a quo; es preciso traer a colación pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL 359 de 2021 con Rad. 86405, en la cual indico:

“(...) Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.

Desde este punto de vista, cuando el juez del trabajo advierte un menoscabo a los derechos de las partes y, por este motivo, impone el pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de pensiones, su labor no puede limitarse a la restitución simple y plana de dichos rubros; tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza, en el marco de la protección especial a la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda.”

De modo que, no se accederá al pedimento de la demandada frente a este punto.

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por la AFP PORVENIR y AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de

2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, frente al punto de apelación esbozado por la apoderada de la parte demandante, sobre la exoneración de costas de las demandadas en primera instancia; en primer lugar, es menester precisar que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable a los asuntos laborales por remisión expresa contenida en el artículo 145 del CPT y de la SS, dispone que “*en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia (...) se condenará en costas procesales a la parte vencida en el proceso*”. Por lo que, resulta congruente establecer, como regla general, que el juez de la causa debe formular condena en costas a la parte vencida ya que su imposición nace del ejercicio propio del derecho. Es así como bajo esta línea, resulta evidente que la condena en costas no se encuentra sujeta a su arbitrio cuando se dan los presupuestos establecidos en las normas adjetivas que regulan la materia, y que como se avizoro se limitan a la existencia de una controversia judicial, respecto de la cual una parte resultó vencida, como fue en el presente caso.

Por lo anterior, ha de señalarse que, teniendo en cuenta que, para el caso en concreto, las demandadas atendieron el llamado derivado de la demanda incoada por la demandante y con ocasión de su plena oposición a lo pretendido; colocaron

en marcha el órgano jurisdiccional, por lo que en efecto, al haber existido una controversia frente al debate jurídico puesto en conocimiento de la administración de justicia, conforme lo faculta la norma citada en precedencia, había lugar a condenar en costas a las demandadas.

Es así, como bajo los anteriores argumentos se accederá al pedimento de la demandante frente a este punto.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ EL NUMERAL SEXTO** de la sentencia y en su lugar se **CONDENARÁ EN COSTAS** de primera instancia a las AFP PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A. En relación a COLPENSIONES, puesto que en estricto derecho la misma no fue vencida en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia no habrá lugar de condena en costas en su contra, por lo que se confirma su absolución.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante PORVENIR SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023 por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, en el sentido que AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán las AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION SA, a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que estuvo afiliada a dichos fondos.

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023 por el juzgado primero laboral del circuito de Bogotá D.C. y en su lugar **CONDENAR EN COSTAS** en primera instancia a las AFP PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS EN ESTA INSTANCIA a cargo de AFP PORVENIR SA y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



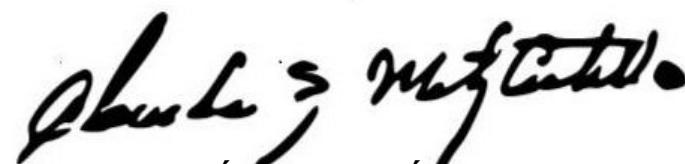
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310500120190128601](https://www.judicial.gov.co/expedientes/11001310500120190128601)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 010-2018-00262-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUIS ALFREDO MENDEZ GARCÍA**
DEMANDADO: **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y
NILTON FERNANDO ROMERO ARIAS.**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada -COLFONDOS Y NILTON FERNANDO ROMERO, presentaron alegaciones atendiendo lo ordenado en auto del 18 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ALFREDO MENDEZ GARCÍA**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLFONDOS S.A.**, como aparece de folios 1 a 14 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge superstitio de la señora MARLEN PINILLA HERRERA, quien falleció el 1 de mayo de 2016.
2. **DECLARAR** que es el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes, con ocasión a la muerte de su cónyuge.

CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a COLFONDOS S.A.** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, a partir del 1 de mayo de 2016, fecha en que falleció su cónyuge.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada a reconocer las sumas adeudadas debidamente indexadas.
3. Costas procesales.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 16 de agosto de 2018, **ADMITIÓ** la demanda en contra de **COLFONDOS S.A.** (folio 47 expediente digital)

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que con ocasión al fallecimiento de la señora MARLEN PINILLA, reconoció la pensión a favor del señor NILTON FERNANDO ROMERO ARIAS, al haber acreditado en calidad de compañero permanente los requisitos legales, pero que dicha prestación fue suspendida dado el conflicto que se presenta entre beneficiarios, pago que reanudara una vez el juez laboral determine los acreedores. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, innominada o genérica

El Juzgado de conocimiento mediante auto del 03 de mayo de 2019, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 19 expediente digital). Así mismo, mediante proveído del 5 de agosto de 2019, ordenó la vinculación del señor NILTON FERNANDO ROMERO ARIAS, como litis consorte necesario, quien procedió a contestar la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo la excepción ilegitimidad pensional.

El anterior escrito fue admitido por el Juzgado de origen, a través de providencia dictada el 18 de enero de 2022.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 10 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en sentencia del 2 de agosto de 2022, dispuso:

“PRIMERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar la sustitución pensional al señor demandante LUIS ALFREDO MENDEZ GARCIA en calidad de cónyuge supérstite con sociedad conyugal vigente y separado de hecho de la afiliada MARLEN PINILLA HERRERA, en el 42.15 % de la mesada del salario mínimo legal vigente, a partir del 01 de mayo de 2016, en 13 mesadas pensionales, hasta la inclusión efectiva en nómina de pensionados, pagando el retroactivo causado desde el 1 de mayo de 2016 y este retroactivo que debe ser pagado debidamente indexado a partir de la causación de cada mesada pensional usando la fórmula de la Honorable Corte de Justicia y se autoriza a COLFONDOS a descontar del retroactivo pensional los descuentos correspondientes a salud, y el porcentaje restante de 57.85 % le corresponde a favor del señor NILTON FERNANDO ROMERO ARIAS, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA parcialmente inexistencia de la obligación propuesta por COLFONDOS S.A. por no encontrarse demostrada la convivencia por todo el tiempo indicado y por no ser el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes deprecada y no probadas las demás, **de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.**

TERCERO: SE CONDENA en costas esta instancia, tásense por secretaría e inclúyanse como agencia en derecho a favor del señor demandante **Luis Alfredo Mendez Garcia** y a cargo de COLFONDOS S.A. en la suma de \$1.000.000.”

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, insiste en que el señor Nilton Fernando Romero Arias, no ostento la calidad de compañero permanente, como quiera que la pensionada, nunca liquidó la sociedad conyugal que surgió con ocasión de la celebración del matrimonio católico, el que estuvo vigente hasta el día su fallecimiento, por lo que a su juicio al estar vigente dicha figura, no podía surgir la unión marital de hecho, de conformidad con lo expuesto en la Ley 54 de 1990, al ser excluyentes. Finalmente adujo que, deben ser analizadas las declaraciones rendidas por terceros, como la investigación administrativa, al considerar que de este material no se prueba el periodo de cinco años entre quien alegó la calidad de compañero permanente y la pensionada previos al fallecimiento, que por el contrario él si demostró esa vida en común, por espacio de mas de cinco años, en cualquier época. Adicionalmente aseguró que el porcentaje dado por el Juzgado a cada uno de los supuestos beneficiarios, excede el 100%, ya que la

pensión a favor del señor ROMERO ARIAS, lo fue del 67,85%, en tanto a su favor se otorgó un en 42,15%

Entre tanto COLFONDOS S.A., enuncia que el demandante no logró demostrar el requisitos de la convivencia durante un periodo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del deceso de la asegurada, presupuesto que ha sido estudiado por la Sala de Casación laboral y exigido para el reconocimiento del beneficio pensional. Por otra parte preciso que no se debió emitir condena por indexación, ya que el legislador estableció que las pensiones deben ser actualizadas anualmente. Igualmente manifestó que el juez no se pronunció sobre esas mesadas canceladas en un 100% al señor Fernando Romero, es decir, si tiene la facultad para descontar de lo ya pagado el valor actual de la mesada o si el beneficiario debe devolver un 42.15%. Por último afirmó que no había lugar a condenarla en costas, ya que su actuar fue de buena fe, en el entendido de suspender la prestación, hasta que la autoridad judicial definiera los beneficiarios de la acreencia. .

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de la pensionada MARLEN PINILLA HERRERA.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Sobre la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, que nacen directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma

que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.

Luego, en este asunto no se encuentra en controversia que, la señora **MARLEN PINILLA HERRERA**, a quien COLFONDOS le reconoció pensión de invalidez, tal como se verifica del documento visible a folio 2 de la carpeta 19, falleció el 1 de mayo de 2016 (folio 4 expediente digital), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

"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 permanentes 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 (...).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “*Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes*”.

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar

conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3948 de 2022, expuso:

“En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.”

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata del fallecimiento de una asegurada que tenía la calidad de pensionada se requiere de ese tiempo mínimo de convivencia, para acceder al derecho pensional.

Ahora, el señor LUIS ALFREDO MENDEZ GARCÍA, asegura que contrajo matrimonio con la causante el 7 de enero de 1989, y cuya convivencia se extendió hasta la calenda en que falleció su esposa, lo que ocurrió el 1 de mayo de 2016.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 24 de 2012, SL 1399 de 2018 y SL 4047 de 2019, ha indicado que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo.

A efectos de acreditar dicho vínculo matrimonial, se incorporó el registro civil, el cual evidencia que el día 07 de enero de 1989, el demandante contrajo matrimonio con la señora MARLEN PINILLA HERRERA. (folio 6 expediente digital).

Por otra parte, se tiene que, el accionante al absolver el interrogatorio, aseguró que la convivencia con la asegurada perduró hasta la fecha en que falleció, pese a que seis meses antes de este suceso, hubo una separación pero por cuestiones de salud de su cónyuge, quien estuvo hospitalizada como consecuencia de la enfermedad que padecía: “*Sí, porque ella ingresó a la clínica y allá mantuvo todo ese resto de tiempo, o sea, la convivencia fue hasta fallecimiento de ella.*” No obstante, en la investigación administrativa que adelantó COLFONDOS, el actor indicó que esa vida en común solo se había extendido hasta el año 2007: “*Desde el 89 al 2007, ahí ya no quiso vivir más conmigo, seguimos de pareja pero no conviviendo*” (folio 324 carpeta 18)

Por otra parte, se allegó una declaración extra juicio rendida por el señor JAIRO MORALES CONTRERAS, el 21 de octubre de 2016, pero de esta manifestación nada se dice del tiempo de convivencia entre la pareja en mención, ya que solo precisa que conoce al demandante desde el año 2008, que era de estado civil casado y que le ayudaba económicamente a su esposa: “*MANIFIESTO QUE CONOZCO DE VISTA TRATO Y COMUNICACIÓN AL SEÑOR LUIS ALFREDO MENDEZ GARCIA IDENTIFICADO CON CC 11.382.357 DE FUSAGASUGA, DESDE EL AÑO 2008, SE Y ME CONSTA QUE EL ES DE ESTADO CIVIL CASADO CON LA SEÑORA MARLEN PINILLA HERRERA IDENTIFICADA CON CC 39653548 DE BOGOTA D.C., MANIFIESTO QUE SU ESPOSA IBA AL LUGAR DEL TRABAJO, Y EL SEÑOR LUIS ALFREDO MENDEZ GARCIA LE DABA DINERO A ELLA PARA SU SUSTENTO DIARIO.*”

Así mismo, se evidencia que el señor JAIRO MORALES CONTRERAS, fue llamado al presente trámite en calidad de testigo, quien afirmó que en alguna ocasión conoció a la señora PINILLA: “*esta señora parece era la esposa del señor Luis Méndez, pero la verdad, la verdad yo no tuve muchas relaciones o prácticamente ninguna no, porque yo no hice, no era el círculo social tal vez de ellos. (...) Pues tal vez sí señora, porque él me hizo saber qué era la esposa de él, pues lógicamente que yo no entré en detalles, pero si él me la presentó como su esposa y después en una conversación no muy formal pues me contó algunas cosas de ellos de su familia que convivían juntos, no sé nada más, no puedo agregar nada más porque las relaciones entre él y yo siempre fueron de trabajo y como leuento no, en alguna conversación mínima supe que ella era su esposa y que vivían juntos.*”

De igual forma, se incorporó la declaración rendida por el señor CARLOS ALFONSO RUEDA ZAMORA, ante la Notaria Segunda del Circulo de Soacha, quien en su momento adujo: “*MANIFIESTO QUE CONOZCO DE VISTA TRATO Y COMUNICACIÓN AL SEÑOR LUIS ALFREDO MENDEZ GARCIA IDENTIFICADO CON CC 11.382.357 DE FUSAGASUGA, DESDE EL AÑO 1989, SE Y ME CONSTA QUE EL*

ES DE ESTADO CIVIL CASADO CON LA SEÑORA MARLEN PINILLA HERRERA IDENTIFICADA CON CC 39653548 DE BOGOTA D.C., HAGO ESTA DECLORACIÓN (SIC) YA QUE A PARTIR DEL MES DE JUNIO DE 2009 LES ARRENDE UNA HABITACION EN MI APARTAMENTO UBICADO EN EL CALLE 14N 5-27 ESTE BLOQUE C 8 APTO 401 EN EL CONJUNTO SAN CARLOS EN EL BARRIO SAN CARLOS DEL MUNICIPIO DE SOACHA EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, SITIO QUE OCUPARON HASTA ENERO DE 2016 DONDE VIVIERON COMO PAREJA AL CUAL NO QUEDARON DEDIENDO NINGÚN DINERO.”

Ante el juez de conocimiento, el señor RUEDA ZAMORA, manifestó que efectuó la anterior manifestación, pero que no recuerda las fechas en que los sujetos mencionados en la misma, convivieron: “*no recuerdo bien la fecha, pero si, ellos vivieron.*” Tampoco recuerda hasta que fecha el demandante y su cónyuge convivieron en el inmueble que les arrendo: “*Exactamente la fecha no, creo que fue hasta el 2015, la fecha exacta no les puedo decir porque los papeles de los recibos, el talonario no lo volví a ver, pero yo llevaba el control de los recibos de pago.*”

Entre tanto el señor VICTOR MANUEL GONZÁLEZ GONZÁLEZ, en la manifestación realizada por fuera de este juicio, el día 07 de junio de 2016, dijo que conocía al demandante desde hacia 18 años, es decir, se realizamos el conteo sería aproximadamente desde el año 1998, sin embargo da cuenta de una convivencia entre el accionante y la causante entre el 7 de enero de 1989 hasta el año 2007, lo que descarta su credibilidad, a lo que se suma que fue llamado para ratificar su declaración, por petición realizada por COLFONDOS, sin que hubiese comparecido, por lo que a la luz de lo establecido en el artículo 188 del C.G.P, no tienen valor probatorio, igual suerte corre las afirmaciones que realizó el señor OSVALDO GILBERTO REYES CAMARGO, ante la Notaría Segunda del Circulo de Soacha, al no haber comparecido a la audiencia de ratificación.

Luego entonces de las pruebas hasta aquí descritas, no podemos derivar esa convivencia entre el actor y la pensionada, en cualquier tiempo y menos desde el momento en que se celebró el matrimonio y la fecha de fallecimiento de esta última, ya que el propio demandante ni siquiera da luces de la calenda hasta la cual se extendió su convivencia con la asegurada, entre tanto los testigos, además de resultar contradictorios con aquellas manifestaciones rendidas por fuera del juicio, no dan cuenta del tiempo de convivencia entre la pareja precitada, a lo que se agrega que otras declaraciones perdieron su valor probatorio, ante la no comparecencia de los sujetos a realizar la ratificación ante el juzgado de primera instancia.

Adicionalmente del escrito elaborado por la pensionada el 13 de agosto de 2001, se determina que para esa anualidad -2001- ya no convivía con el demandante, al indicarle a la Fiscalía, la dirección donde podía ser ubicado: “*Señor Fiscal Local 46 la presente es para informarle que se el señor Luis Alfredo Méndez García, que no sea presentado ninguna de las 3 veces que ustedes lo llamaron, yo MARLEN PINILLA HERRERA, con CC #39.653.545 de Bosa, lo he localizado (sic), en la Carrera 3 #15a-28 Soacha.*” (folio 53 carpeta 18).

Aunado a que tampoco de la investigación administrativa que adelantó la entidad convocada a juicio, se puede inferir ese tiempo de convivencia entre el demandante y la señora PINILLA HERRERA, ya que se escuchó al señor ALBERTO SIERRA, vecino del actor, quien manifestó que conoció a la asegurada: “*Si la conocí, la veía de reojo por el trabajo, mas que todo con él*”, pero al ser preguntado por el tiempo que los vio juntos, afirmó: “*si, pero no se cuantos años duraron.*” Igual situación aconteció con la señora BEATRIZ HELENA VARGAS LONDOÑO, al señalar que no supo cuanto tiempo vivió la pareja en mención. A lo que se suma que la señora LIBIA DOMINGUEZ TORRES, enunció que tuvo una relación con el señor MENDEZ GARCIA, por tres años: “*mas o menos desde abril de 2013 a abril de 2016, pero él era Dios y Marlen.*” Mientras el señor JULIO CESAR MENDEZ PINILLA, hijo de la pareja, expuso que durante los últimos 10 años de vida su progenitora, vivió con su esposo, llamado FERNANDO: “*Vivía con mis hermanos, y su esposo, no sé el nombre, solo se que le dicen FERNANDO, él estuvo en los momentos últimos de ella. Él estuvo muy pendiente de ella.*” Y cuanto a su padre señaló que durante ese tiempo vivió en un barrio llamado CARBONELL : “*Ahí en el Carbonell, siempre en Carbonell, no se la dirección, yo muy poco iba por allá*”

Del material probatorio descrito, se considera en principio que el actor no probó ese tiempo mínimo de convivencia; sin embargo, el juez decretó el testimonio de LUCIA MENDEZ, hija del demandante, quien enunció que siempre vivió con su madre, y nunca con su padre, y que por comentarios de su progenitora su padre se fue del hogar cuanto tenía tres meses de nacimiento. Por lo tanto realizados los correspondientes cálculos, dado que la testigo nació el 3 de diciembre de 1995, se tiene un tiempo de convivencia de seis años, un mes y veintiséis días. Además que dentro de las diligencias administrativas adelantas por la convocada a juicio, se recaudo las manifestaciones del hermano de la asegurada ALFONSO PINILLA HERRERA, que también expresó que: “*Mi hermana se había casado inicialmente con el señor LUIS MENDEZ y procrearon 4 hijos de esa relación, Todos mayores de edad. Ella convivió con él 6 años aproximadamente.*”

Luego entonces se concluye que el demandante al demostrar que el vínculo matrimonial con la pensionada, estaba vigente para el momento del fallecimiento, sumado a que probó un periodo de convivencia de seis años, un mes y veintiséis días, tiene derecho a percibir un porcentaje de la pensión de sobrevivientes.

Ahora, en relación con el señor NILTON FERNANDO ROMERO ARIAS, a quien COLFONDOS , le reconoció la pensión de sobrevivientes en un 100%, pero que fue suspendida, dado el conflicto entre beneficiarios (folio 57 carpeta 18), reconocimiento que fue ratificado por el juez de primera instancia, en un porcentaje inferior, empero dado que el demandante al sustentar el recurso de apelación sigue insistiendo que el señor ROMERO ARIAS, no tiene derecho a percibir la prestación, pasa esta Sala a su resolución, para lo cual se advierte que dado que se alegó la calidad de compañero permanente, se requiere de un tiempo mínimo de convivencia de cinco años, inmediatamente anteriores al deceso del asegurado.

Así lo explicó la Sala de Casación Laboral en sentencias con n.º de radicado 22560 de 2005, 32393 de 2008 y 34785 de 2017, al señalar que es ineludible a la compañera permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste.

En este orden ideas, para comprobar ese tiempo de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento de la asegurada, basta traer a colación la declaración de la primogénita de la causante, quien afirmó que su madre y el señor ROMERO ARIAS, convivieron por un periodo de nueve años, previos a la muerte de aquella y fue la persona que estuvo presente durante la enfermedad de la señora PINILLA.

Además, de las declaraciones recaudadas por COLFONDOS dentro investigación administrativa, se pudo establecer que esa convivencia entre el señor ROMERO ARIAS y la señora PINILLA HERRERA, perduró por 10 años antes de que acaeciera la muerte de esta última, ya que al unísono tanto el padre como el hermano de la pensionada, enunciaron que esa vida en común estuvo vigente por una década, en igual sentido se pronunciaron HECTOR MANUEL TORRES y JUAND DAVID OCHOA RODRIGUEZ, al precisar que la convivencia se extendió por 10 años.

Sumado a que el señor ROMERO ARIAS, incorporó dentro de las diligencias administrativas, declaraciones extra juicio realizadas por la señora MARIA ESPERANZA GARCÍA PINILLA y JOSE ANTONIO MELO PEDRAZA, quienes

manifestaron que la convivencia entre la pareja, perduró por 10 años, documentos que no fueron tachados de falso, y cuya ratificación no se solicitó.

En consecuencia, al demostrar el señor NILTON ROMERO ARIAS, que vivió con la pensionada durante un lapso de 10 años, anteriores al fallecimiento, se considera que en nada erró el juez en reconocer también la prestación a favor de quien acreditó la calidad de compañero permanente.

Por último, ha de precisarse que la Ley 100 de 1993, con su modificaciones, frente al requisito de convivencia para la causación del derecho pensional, refiere un término de cinco años previos al fallecimiento del asegurado, es decir, que para ésta Sala el concepto de compañera surge de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, de asistencia mutua, de solidaridad, de realización de una familia, independiente de la declaración y del concepto de unión marital de hecho, por lo tanto la figura jurídica mencionada está consagrada en la legislación para regular efectos patrimoniales diferentes a los derivados del derecho laboral y seguridad social.

Lo anterior por cuanto la Ley 54 de 1990, exige una convivencia por un lapso de dos años, tiempo suficiente para declarar la unión marital de hecho, mientras que en materia de seguridad social, se requiere para la causación del derecho pensional, un término mínimo de convivencia de 5 años, ello en razón a la finalidad de la pensión de sobreviviente que no es otro, que suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar del cual recibió apoyo y asistencia mutua.

A lo anterior se suma que, la Sala de Casación Civil, en la sentencia Sentencia SC-15029 de 2014, precisó que, la existencia de una sociedad conyugal previa de ambos o de alguno de los compañeros no es obstáculo para la conformación de la unión marital de hecho, enunciando que, la existencia de esa sociedad conyugal obstaculiza, en principio, el surgimiento de la sociedad patrimonial cuando no está disuelta, para evitar la confusión de universalidades patrimoniales.

Por lo tanto, no le asiste razón al demandante, en indicar que el vínculo matrimonial excluye al compañero permanente de percibir la pensión de sobrevivientes.

Realizada la anterior precisión, tenemos entonces que atendiendo el término de convivencia de cada uno de los beneficiarios con la asegurada, esto es, seis años, un mes y veintiséis días con el cónyuge y diez años con el compañero, le asistiría al primero un 38,20% de la mesada, mientras al segundo un 61,89%,

pero modificar en este aspecto la sentencia, haría mas gravosa la situación del único apelante, por lo que se CONFIRMARA la decisión en cuanto al tema se refiere, es decir, un 42.15% a favor del demandante y el valor restante a quien fue llamado como litis consorte, ya que así se dejó sentado en la parte resolutiva de la sentencia.

Ahora el reconocimiento, se realizará a partir del deceso de la pensionada -1 de mayo de 2016-, sin que la excepción de prescripción hubiese afectado alguna mesada, ya que basta enunciar que la demanda fue presentada el 04 de mayo de 2018, en tanto la notificación a la pasiva se surtió el 12 de diciembre de 2018 (folio 71 del expediente digital), no transcurriendo mas de tres años entre una y otra actuación.

Por lo tanto el retroactivo que se cause a favor de cada uno de los beneficiarios, deberá ser indexados al momento de su pago, ya que esta figura busca atacar los efectos de la inflación y permitir que el valor de la pensión en el momento en que se adquirió con relación al momento en que se reconoce, efectivamente tenga la misma capacidad adquisitiva; mientras que el reajuste es determinado por la ley para incrementar o aumentar el valor o precio de la mesada por razones distintas a la inflación, como es la de presentar diferencias con los aumentos del salario mínimo legal mensual vigente -sentencia T-255 de 2013-, Precisándose que no es posible cuantificar el retroactivo a favor de cada uno de los beneficiarios, ya que se desconoce en qué valor fue reconocida previamente la prestación a favor del señor NILTON FERNANDO ROMERO, ya que en el escrito elaborado por COLFONDOS, se expresó: "*En cuanto al señor Nilton Fernando su mesada pensional comenzó a generarse en un 50 % desde el 20 de octubre del 2016, y la misma fue suspendida desde el 30 de junio del 2022.*" (carpeta 19).

Finalmente, tampoco hay lugar a autorizar a la entidad accionada a descontar lo pagado por mesadas a favor del señor ROMERO ARIAS, ya que en la etapa de fijación del litigio no se dijo nada frente a este cuestionamiento, al no ser tema de discusión, aunado a que la pasiva cuenta con mecanismos y acciones para obtener su devolución en caso de haber cancelado una mesada superior, máxime cuando no existe evidencia de esta circunstancia, pues según se señalo en líneas precedente el valor pagado al compañero permanente lo fue del 50%, menor a lo aquí establecido.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, la entidad en caso de aceptar la tesis expuesta en el recurso de alzada, no demostró las conductas que conllevaran a su exoneración.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de agosto de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 011-2015-00592-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ROSA ELVIRA DIAZ PACHECO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, SANDRA ASTRID DE LEÓN MENDOZA Y
MARIA ELSA TIBOCHA.**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de las intervenientes excluyentes, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la entidad demandada, presentó alegaciones atendiendo lo ordenado en auto del 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ROSA ELVIRA DIAZ PACHECO**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, como aparece de folios 4 a 13 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente del señor **JOSE CAMILO PÁEZ**, quien falleció el 13 de junio de 2013.

CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, a partir del 13 de junio de 2013, fecha en que falleció su compañero permanente, junto con el retroactivo y mesadas adicionales.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada a reconocer las sumas adeudadas debidamente indexadas.
3. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los intereses moratorios.
4. Costas procesales.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 9 julio de 2015, **ADMITIÓ** la demanda en contra de la **COLPENSIONES**.

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que esta imposibilitada jurídicamente para realizar algún tipo de reconocimiento pensional a favor de la demandante, con ocasión al conflicto que se presenta entre los posibles beneficiarios de la prestación (Folio 74 a 76)

El Juzgado de conocimiento mediante auto del 25 de enero de 2016, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (cuaderno 16). Así mismo ordenó la vinculación de la señora SANDRA ASTRID DE LEON MENDOZA, como interveniente excluyente, quien procedió a contestar la demanda mediante curador ad-litem, aduciendo que se atenía a lo que resultara probado dentro del expediente (folio 85 y 99). Adicionalmente presentó escrito de demanda, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes (folio 117).

Por otra parte se evidencia que el Juzgado de origen, mediante proveído del 23 de abril de 2019, ordenó integrar el contradictorio con la señora MARIA ELSA TIBOCHA BAUTISTA, como interveniente ad-excludendum, quien fue notificada de la acción ordinaria, sin presentar argumentos de defensa, como tampoco demanda encaminada al reconocimiento del beneficio pensional (folio 170, 174 y 209)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 11 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en sentencia del 23 de septiembre de 2023, dispuso:

“PRIMERO. - ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de las ciudadanas **Rosa Elvira Diaz Pacheco y Sandra Astrid de León Mendoza** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho reclamado, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a las demandantes **Rosa Elvira Diaz Pacheco** liquídense por secretaría incluyendo en ellas la suma de trescientos mil pesos mcte (\$300.000), valor en que se estiman las agencias en derecho, y de conformidad con los argumentos normativos esbozados en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de la demandante, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.”

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, insiste en que erró el Juzgado en negar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor, como quiera que de la prueba documental se evidencia esa convivencia, ya que aportó una declaración extrajuicio rendida por el afiliado, previo a su deceso, en la que manifestaba sobre esa vida en común por más de 20 años. Así mismo, acreditó que el asegurado la afilió al sistema de seguridad social en salud, como su beneficiaria, sumado a que las manifestaciones realizadas por las testigos dan cuenta que ella era la pareja del señor CAMILO PAEZ, y que convivían.

Por otra parte, adujo que la declaración rendida por el hijo del causante resulta contradictoria con lo afirmación efectuada por el progenitor ante notario, ya que en dicha diligencia afirmó que para el 2007, tenía con la demandante una vida

en común. Finalmente aseguró que la señora SANDRA ASTRID DE LEÓN, no logró probar la calidad de compañera, máxime cuando el propio hijo del causante preciso que tan solo era la novia.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar la beneficiaría de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte del afiliado JÓSE CAMILO PAEZ AFANADOR.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Sobre la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, que nacen directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.

Luego, en este asunto no se encuentra en controversia que, el señor **JOSÉ CAMILO PAEZ AFANADOR**, falleció el 13 de junio de 2013 (folio 38 carpeta 01), por lo que la norma para definir la prestación que se reclama, es el artículo 46 y 73 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado al sistema por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, condición que cumplió el asegurado, como quiera que de la historia laboral que obra del expediente administrativo, se corrobora que dentro del lapso mencionado, realizó un total de 152.57 semanas, por lo que dejó causada a favor de los miembros del grupo familiar el beneficio pensional.

Ahora, frente a los beneficiarios de la mentada prestación, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, determinó:

“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 permanentes 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 (...).”

Nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia, que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “*Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”.*

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3948 de 2022, expuso:

“En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.”

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.”

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata de un afiliado fallecido no se requiere de ese tiempo mínimo de convivencia, pero ello no es óbice para demostrar esa ayuda, socorro mutuo y vida común, para la calenda en que ocurrió el fallecimiento del asegurado.

Ahora, nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL 1399 de 2018 ha enunciado por convivencia aquella «*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- (...) entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común; excluye así, los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no generan las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”*

En este orden, tenemos que la señora ROSA ELVIRA DIAZ PACHECO, asegura que fue la compañera permanente del asegurado desde el año 1978 hasta la fecha del fallecimiento: “*La señora ROSA ELVIRA DÍAZ PACHECO, convivió con el señor JOSE CAMILO PAEZ AFANADOR (Q.E.P.D) desde el (sic) 1978 hasta la fecha de su fallecimiento 13 de junio de 2013*” (folio 6 cuaderno 1).

Mientras que, en la declaración extrajuicio que rindió la demandante ante la Notaría Diecinueve de Bogotá D.C. el día 16 de enero de 2015, adujo: “*DECLARO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO QUE SOY DE ESTADO CIVIL SOLTERA, SIN UNIÓN MARITAL DE HECHO, QUE CONVIVÍ DE MANERA PERMANENTE E ININTERRUMPIDA, COMPARTIENDO EL MISMO TECHO Y MISMO LECHO, EN UNIÓN MARITAL DE HECHO CON EL SEÑOR JOSE CAMILO PAEZ AFANADOR, QUIEN VIDA SE IDENTIFICÓ CON LA CC 19.408.679 DE BOGOTÁ, DESDE 1987 HASTA LA FECHA DE SU FALLECIMIENTO EL DIA 13 DE JUNIO DE 2013*”

Igualmente, la accionante en el interrogatorio de parte, que absolvio ante el Juez de conocimiento, aseguró que la relación con el asegurado, inicio en el mes de

junio del año 1987, y solo hasta el año 1988, empezó la convivencia: “*empezamos a salir y a mediados del 88 nos fuimos a vivir los dos.*”

Luego entonces, de las manifestaciones realizadas por la misma demandante no es posible evidenciar ese socorro, ayuda y vida en común con el afiliado para el momento del deceso, ya que se trata de sus propias afirmaciones, eso sí quedando claro que ni siquiera de su descripción se pudo establecer la anualidad en que inició esa convivencia, ya que resultó contradictoria.

Ahora si bien, se incorporó una declaración rendida por el afiliado el 18 de abril de 2008, ante la Notaria Trece del Círculo de Bogotá, asegurando que convivió de manera permanente y bajo el mismo techo con la demandante, esta no alcanza a dar por probado el requisito en mención, ya que se trata de un documento expedido en el año 2008, sin que se tenga conocimiento si esa vida en común continuó y estaba vigente más concretamente para el momento en que falleció el señor PAEZ AFANADOR (folio 46).

Adicionalmente se allegó una declaración rendida ante notaria por el señor ENRIQUE FERRO VASQUEZ, pero tampoco podemos derivar de allí ese socorro y unión familiar para la calenda de la muerte del asegurado, al ser contradictoria, ya que dijo conocer a la señora ROSA ELVIRA DIAZ PACHECO hacia 24 años, en tanto al referirse a la convivencia entre la pareja en mención, preciso de un total de 26 años.

A lo que se agrega, qué se escuchó a la señora AURA ROSA CUARTAS, quien en su testimonio, adujo conocer a la demandante hacia 40 años, que fue vecina de ella y que el señor PAEZ AFANADOR, fue la pareja sentimental, pero al ser preguntada sobre el lapso de esa convivencia indicó: “*no, eso sino recuerdo, pero cuando yo me vine de esa casita, me fui a vivir donde estoy actualmente, ahí vivo hace treinta años, y ahí vivía Camilo, tenían el niño pequeño, me todo el nacimiento del niño, todo, yo siempre los vi como esposos, como marido y mujer, pero no sé si más tarde se separaron, o que paso (...) Yo me pase a esa casita, en el año 1980, me pase ahí, ahí viví hasta el año 1992, que me traslade a donde estoy viviendo, pero yo siempre fui a donde Elvira, ellos tenían negocio de cerveza, de comida, yo siempre iba y la visitaba*”

Entre tanto la testigo MARIA ISRAEL CUESTAS PORTUGUES, a pesar de ser amiga de la accionante, hace 30 años no conoce la fecha en que esta última empezó la relación con el asegurado, como tampoco le consta si para la fecha del deceso aun convivían: “*pues la verdad no se si convivían, pero hasta donde yo lo veía estaban ellos, no se*”

En este orden de ideas, concluye la sala que de la prueba testimonial recaudada no es posible verificar esa colaboración, apoyo, ayuda y vida en común entre la demandante y el señor PAEZ AFANADOR, para la calenda de su fallecimiento, máxime cuando el primogénito del afiliado señaló en su testimonio, que su padre se separó de la señor ELVIRA DIAZ PACHECO, en el año 2007 aproximadamente, que después se fue a vivir con unos hermanos del causante y finalmente en una casa ubicada en el lugar donde laboraba: “*conocí a Rosa Elvira obviamente, muchos años, obviamente casi toda la vida, 20 años o más, obviamente esposa de mi papá, se separaron, lo que ella me cuenta porque yo era muy pequeño, no me acuerdo obviamente, después de eso, él se separó con Elvira, se separaron y él fue a vivir a Suba donde mis tíos, los hermanos de él, la fecha no me acuerdo mucho, año 2007, será, después de eso se fue a vivir para la 22, tenía un edificio ahí mi abuela, no sé cómo es la cosa ahí, y lo último que él vivió fue allá en la casa de la empresa donde trabajaba, que vivía solo, y su novia que se llamaba Sandra, eso es todo , el resumen de lo que ha pasado con mi papá.*”

Además de lo anterior, cabe resaltar la Sala que la sola inscripción del cónyuge o del compañero o compañera permanente como beneficiarios de la seguridad social en salud o pensiones, o en otros beneficios económicos, no es prueba por sí misma de la convivencia ni de su lapso, y así lo ha dejado sentado la Sala de Casación en sentencia SL518 -2020.

Luego entonces, de lo descrito se puede concluir que si bien existió una relación sentimental entre el afiliado fallecido y la demandante, solo se tiene prueba de ello hasta el 2008, sin que se hubiese acreditado que la misma se haya extendido hasta el año 2013, es decir, que aunque no se requiere comprobar una convivencia de cinco años previos al fallecimiento, lo cierto es que ningún material probatorio demostró que para el 2013, más concretamente para el mes de junio, por lo que no es posible darle la calidad de beneficiaria a la señora ROSA ELVIRA DIAZ PACHECO, ya que no comprobó su condición de compañera permanente, para el momento en que falleció el asegurado.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto, ya que no erró el juez en negar el derecho pensional a favor de la demandante, pues se repite para el momento del fallecimiento del trabajador no demostró la calidad de compañera permanente.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A FAVOR DE LA CONYUGE MARIA ELSA TIBOCHA BAUTISTA.

Cabe advertir que este aspecto se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en atención a la calidad en que fue vinculada la mencionada señora, esto es, como interveniente excluyente.

A efectos de resolver este cuestionamiento, se trae a colación la sentencia SL 1575 de 2023, en la que la Corte Suprema de Justicia, enunció:

"Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado o afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

(...)

En ese orden de ideas resulta evidente que el colegiado no incurrió en el desatino enrostrado, en la medida que, se repite, bajo la hipótesis prevista en el inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 entendió que en tratándose de una pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado, la demandante, en su calidad de cónyuge separada de hecho y con vínculo matrimonial vigente, debía acreditar haber convivido con el causante por un periodo igual o superior a cinco años en cualquier tiempo, intelección que corresponde al tenor del criterio fijado por esta corporación.

Así, como quiera que la señora TIBOCHA BAUTISTA, en el interrogatorio de parte, manifestó que aun cuando contrajo matrimonio por el rito católico con el afiliado, hubo una separación de hecho a partir del año 1988, por lo que se debe dar aplicación a la interpretación dada por nuestro órgano de cierre, en cuanto al inciso final del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, que en tratándose de una pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de un afiliado, la interveniente, en su calidad de cónyuge separada de hecho y con

vínculo matrimonial vigente, debía acreditar haber convivido con el causante por un periodo igual o superior a cinco años en cualquier tiempo.

En este orden, en el asunto de marras del registro civil que obra a folio 165, se evidencia que el señor CAMILO PAEZ y la señora MARIA ELSA TIBOCHA BAUTISTA, contrajeron matrimonio el 03 de marzo de 1984, luego está debidamente demostrada la calidad de cónyuge de la interviniente, pero no así el periodo de convivencia por espacio de cinco años en cualquier tiempo, pues de su propia afirmación, se puede establecer que solo se presentó por un lapso de 4 años: “*nosotros éramos esposos, nosotros nos casamos el 3 de marzo del 84, duramos hasta finales del 88 principios del 89.*”

En consecuencia, tampoco es posible ordenar el reconocimiento del beneficio pensional a favor de la señora **MARIA ELSA TIBOCHA**, al no probarse los presupuestos legales y jurisprudenciales para su causación.

Finalmente se debe precisar que ningún derecho pensional le asiste a la señora **SANDRA ASTRID DE LEON MENDOZA**, dado que, ante su incomparecencia a las presentes diligencias, se le nombró curador ad-litem, sin que se logre denotar y probar la calidad que ostentaba para la fecha del deceso del pensionado, descartándose la de cónyuge, al probarse que el afiliado tenía una unión marital vigente con la señora TIBOCHA BAUTISTA.

En estos términos la sentencia será confirmada, ya que ni la demandante, ni quienes fueron llamadas como intervenientes excluyentes, demostraron ser beneficiarias de la prestación incoada.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de septiembre de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

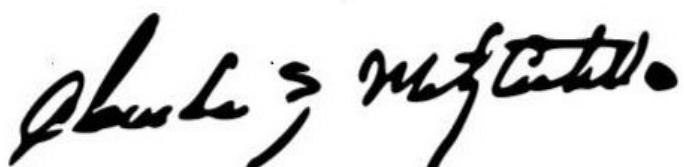
Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310501120150059201



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 11-2021-00418-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JULIO EDUARDO PINZÓN VÉLEZ**
DEMANDADO: **AFP PORVENIR SA/ COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION COLPENSIONES / Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas PORVENIR SA y COLPENSIONES presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

JULIO EDUARDO PINZÓN VÉLEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

"PRIMERA: Declarar la ineficacia de la vinculación del señor JULIO EDUARDO PINZON VELEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada a la A.F.P. PORVENIR para el 28 de mayo de 2007 la que se hizo efectiva el 1 de julio de 2007, por cuanto existió error de hecho que vicio el consentimiento del demandante y no se cumplió con el deber de información.

SEGUNDA: Declarar que el demandante nunca ha efectuado un traslado valido al Régimen de Ahorro individual con solidaridad.

TERCERA: Declarar que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado el señor JULIO EDUARDO PINZON VELEZ es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

CONDENATORIAS:

CUARTA: Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que el demandante JULIO EDUARDO PINZON VELEZ NO efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida e insuficiente información suministrada al momento de la afiliación, que causó un vicio en su consentimiento.

QUINTA: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación del señor JULIO EDUARDO PINZON VELEZ.

SEXTA: Condenar a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual del demandante JULIO EDUARDO PINZON VELEZ y que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc.

SEPTIMA: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a actualizar en la historia laboral del señor JULIO EDUARDO PINZON VELEZ las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

OCTAVA: Condenar a las partes demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.

NOVENA: Condenar a las partes demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 29 de julio de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del

09 de marzo de 2023, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 22 de marzo de 2023:

"PRIMERO: DECLARÓ la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el día veintiocho (28) de mayo de 2007 por el señor JULIO EDUARDO PINZÓN VÉLEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA.

SEGUNDO: CONDENÓ a la demandada PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración (comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: ORDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante JULIO EDUARDO PINZÓN VÉLEZ al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computarlos en la historia laboral del demandante.

CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.

QUINTO: CONDENÓ en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. incluyendo como agencias en derecho a favor del demandante, la suma de 2 SMLMV.

SEXTO: CONCEDIÓ el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007."

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (COLPENSIONES) apeló el fallo de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

1. De la prohibición legal para retornar al RPM:

Señala la apoderada de Colpensiones que el demandante se encontraba en una prohibición legal para retornar al RPM, ya que conforme las pruebas aportadas en la demanda y el respectivo expediente administrativo, este solicitó el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media cuando le faltaba menos de 10 años para cumplir el requisito de edad y adquirir el derecho a la pensión de vejez;

por tanto, no era viable retornar a Colpensiones conforme lo establece la ley 100 de 1993.

2. De la indebida interpretación del art. 1604 del código civil y la no configuración de los vicios del consentimiento:

Argumenta la apoderada que, de conformidad con lo expuesto por el fallador de primera instancia se presenta la existencia de una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, ello teniendo en cuenta que de acuerdo a los fallos emitidos por la CSJ la responsabilidad recae sobre los fondos de pensiones por lo que se convierte en objetiva toda vez que no existe, o no se le exige a los demandantes aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio fuerza o dolo al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual; pero sí se ve que obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo de pensiones en este caso porvenir sin que se exija un esfuerzo procesal en cabeza de los demandantes.

3. Sobre el deber de información:

Manifiesta que, si bien Colpensiones no desconoce el precedente jurisprudencial emanado por la Corte Suprema de Justicia y que por ende se encuentra sujeta a la normatividad jurídica aplicable que se tiene sobre el deber de información contemplado en decretos y leyes que salieron en vigencia entre los años 1993 y el año 2014. No obstante, en la actualidad los fondos de pensiones cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar que el mismo fue libre, voluntario, sin presiones e informado respecto del traslado de los afiliados, es así que se considera que las leyes que surgieron entre estos años no exigían nada diferente a dicho documento, donde costara la plena intención de los demandantes de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo cual no es posible imponer cargas adicionales a Colpensiones máxime si se tiene en cuenta que esta no participó en el acto de afiliación que se presume hoy ineficaz, siendo un tercero el cual se le causa un daño injustificado.

4. Del principio de sostenibilidad financiera:

Solicita, atender al principio de sostenibilidad financiera teniendo en cuenta que el régimen pensional se sujeta a las cotizaciones efectivamente realizadas en toda la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplido los requisitos de edad o estén próximos a cumplirlos al igual que el número de semanas requeridas puedan obtener una pensión mínima, independientemente de los montos efectivamente cotizados; por lo que, permitir que una persona no afiliada al fondo, que cuenta con

la edad o que está próximo a cumplirla se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo a el concepto de constitucionalidad de equidad contemplado en el artículo 95 de la Constitución política sino también al principio de eficiencia pensional.

5. De la Petición subsidiaria:

Manifiesta que, en caso de no acogerse a los argumentos expuestos y en consecuencia la sala confirme la providencia objeto de alzada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de las suma obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante por el fondo de pensiones porvenir, la cual deberá comprender todas las cotizaciones como los gastos de administración, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima y los demás a los que hubiere lugar los cuales deben ser reintegrados a Colpensiones debidamente indexados por todo el periodo que permaneció el demandante afiliado a porvenir. Lo anterior como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto Porvenir reintege los recursos y se actualice la base de datos del demandante y la respectiva historia laboral.

6. Costas procesales:

Finalmente, solicita se confirme la no condena en costas a su cargo teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero al cual se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre partes ajenas a esta.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineeficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **JULIO EDUARDO PINZÓN VÉLEZ** el día 28 de mayo de 2007, **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA, fondo en que estuvo afiliado, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A el 28 de mayo de 2007, efectiva a partir del 1 de julio de 2007. (folio 69 contestación Porvenir Archivo 08 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuativa la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede arguirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos y prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017

Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3-** Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4-** Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporto: certificado de vinculaciones emitido por Asofondos (SIAFP), formulario de vinculación, copia de página del periódico el tiempo, copia del concepto de la SF, relación de movimientos de cuenta de ahorro individual de la parte actora, historia laboral consolidada, historia de bono pensional, Respuesta de Porvenir S.A con radicado n°0100222109472800, detalle de capital y rendimientos financieros.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de mayo de 2007, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no

solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 28 de mayo de 2007, el demandante tenía 219,14 semanas (f. 104 contestación Porvenir archivo 08 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 25 de septiembre de 1961 fl. 22 demanda archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2022, fecha de expedición por parte de PORVENIR de la historia laboral del demandante había cotizado 969 semanas, (f. 104 contestación Porvenir archivo 08 del expediente digital); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por la demandada apelante, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos

fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 28 de mayo de 2007, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A, tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineeficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por la demandada Colpensiones, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en

jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Respecto de la manifestación hecha por Colpensiones, relativa a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y la transgresión del principio de eficiencia pensional en virtud de la declaratoria de la nulidad del traslado, tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de

pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

Sumado a ello, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó:

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).”

Ahora, de acuerdo a lo manifestado por Colpensiones, frente a la petición subsidiaria de condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de esta, se debe resaltar que, en principio, es claro que una vez surtido el trámite interno de la administradora Porvenir para dar cumplimiento a la sentencia, la misma como lo indico el a quo deberá reintegrar la totalidad de las sumas obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante por todo el tiempo que permaneció afiliado a porvenir, la cual deberá comprender todas las cotizaciones como los gastos de administración, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima y los demás a los que haya lugar debidamente indexados a favor de Colpensiones.

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando

las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineffectiva del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineffectiva de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Se confirmará la absolución de costas a cargo de Colpensiones, ya que Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto, se confirmará la absolución de las costas a Colpensiones y se confirmará las impuestas en contra de PORVENIR SA en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 22 de marzo de 2023 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 013-2022-00479-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARÍA ALCIRA BARAJAS LOMBANA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de abril de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y demandada -COLPENSIONES S.A.-, presentó alegaciones, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **MARIA ALCIRA BARAJAS LOMBANA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A.**, como aparece en el archivo 02 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la nulidad o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Ahorro Individual.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros
2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral , una vez reciba todos los dineros provenientes del RAIS.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLFONDOS S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que sus promotores brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen, indicándole las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el RPM, el derecho de rentabilidad y los requisitos para acceder al benéfico pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que los asesores del fondo privado, le manifestaron a la demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía el cambio, las cuales la accionante manifestó conocer y comprender, al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 23 de marzo de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** (carpeta 25).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 18 de abril de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante María Alcira Barajas Lombana a través de Colfondos”

S.A. el 31 de marzo de 1995, con efectividad el 1° de abril de 1995, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo los aportes para la pensión de garantía mínima, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, a recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a Colfondos S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia en favor de la señora demandante la suma de \$1.200.000.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, **REMITIR** el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta Entidad. Proceso ordinario laboral 110013105-013-2022-00479-00 La presente acta es meramente informativa, lo consignado en ella no tiene la condición de providencia o decisión judicial. Las decisiones vinculantes y que producen efecto al interior del proceso son aquellas que constan en el registro de audio que obra en el medio magnético correspondiente.

SÉPTIMO: Por Secretaría remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del art. 48 de la Ley 2080 de 2021.”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, insistiendo que no es posible acceder a las pretensiones invocada por la accionante, ya que se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además que de accederse a ello, afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, ya que la afiliada, nunca contribuyó al fondo común. Así mismo preciso que la demandante no busca asesoría, y solo pretende la declaratoria de ineficacia por comentarios que le han efectuado del régimen y por cuanto su mesada pensional resulta superior.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por MARÍA ALCIRA BARAJAS LOMBANA, el día 31 de marzo de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., el 31 de marzo de 1995 (fl 19 carpeta 21 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos

pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineffectiveness del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineffectiveness), posibilitando con la ineffectiveness mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineffectiveness del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información

clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 05). **AFP COLFONDOS S.A.:** Historial de vinculaciones, respuesta dada al requerimiento efectuado por la accionante, comunicados de prensa y certificados de existencia y representación legal.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 31 de marzo de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por

la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 31 de marzo de 1995, la demandante tenía 209.43 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-carpeta 28 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 19 de agosto de 1966, archivo 28 del expediente administrativo), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el 1 de febrero de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por COLFONDOS S.A., que obra en el archivo 28 del expediente digital, la demandante había cotizado 1508 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 31 de marzo de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó

entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineeficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

“(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las

administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, y así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse,

dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Ahora, la orden de reintegro debe comprender la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y al respecto, es preciso traer a colación el reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en el cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.”
(Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente realizar la adición de la sentencia, en el entendido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a la entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARÍA ALCIRA BARAJAS LOMBANA** del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLFONDOS.**, el 31 de marzo de 1995, pero con la adición que la administradora de carácter privado, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la medida pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia. .

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2023, por el Juzgado 13° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la

AFP COLFONDOS S.A., devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes efectuados por la accionante en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; además retornará los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

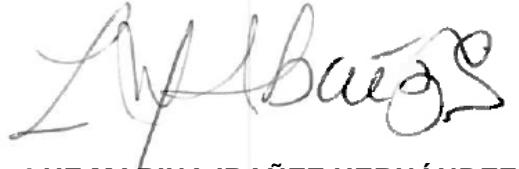
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,

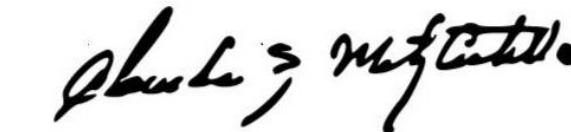


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501320220047901](https://expedientedigital.scdigital.cl/11001310501320220047901)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 16-2020-00378-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ANA ROCIO VALLEJO YEPES**
DEMANDADO: **AFP PORVENIR SA/ COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION PORVENIR / Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se acepta la renuncia al poder efectuada por la abogada Dra. MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA, identificada con CC No. 1.037.639.320 de Envigado y TP No. 2883820 de la C. S. J. quien ejercía como apoderada principal de Colpensiones.

La parte demandante, así como las demandadas PORVENIR SA y COLPENSIONES presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ANA ROCIO VALLEJO YEPEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

“PRIMERO: SE DECLÁRE LA NULIDAD de la afiliación de la señora ANA ROCIO VALLEJO YEPES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. el 1º de agosto de 1994, por haberse incumplido por parte de la AFP los deberes de información “suficiente y cierta” previo al traslado y, de buen consejo durante el tiempo que permaneció en dicha AFP.

SEGUNDO: DECLARAR que la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., al momento de la afiliación de mi mandante ANA ROCIO VALLEJO YEPES no le informó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retractación, conforme a la norma vigente en dicha calenda. (Decreto 1161 de 1994 artículo 3, numeral 3)

TERCERO: DECLARAR que la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., omitió informarle a mi poderdante que con ocasión a la Ley 797 de 2003, podía trasladarse de régimen de pensiones cuando le faltaren diez (10) años para cumplir los 57 años.

CUARTO: DECLARAR que la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., omitió las obligaciones contempladas en el Decreto 656 de 1994, como buena fe, transparencia, vigilancia y deber de información antes del momento de la afiliación y durante el tiempo en que mi mandante ha permanecido afiliada.

QUINTO: DECLÁRESE Válida y vigente la afiliación de la señora ANA ROCIO VALLEJO YEPES a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”, como única administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEXTO: PETICIÓN SUBSIDIARIA: Se declare la INEFICACIA de la afiliación de la señora ANA ROCIO VALLEJO YEPES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. el 1º de agosto de 1994, por haberse incumplido por parte de la AFP los deberes de información conforme a lo previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

SEPTIMO: CONDÉNESE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. a liberar de sus bases de datos a la señora ANA ROCIO VALLEJO YEPES y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y cuotas de administración como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a “COLPENSIONES”.

OCTAVO: CONDÉNESE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES” como única administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, activar a la señora ANA ROCIO VALLEJO YEPES como afiliada cotizante.

NOVENO: CONDÉNESE a PORVENIR S.A. al pago de las costas.

DECIMO: CONDÉNESE a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso”.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 18 de junio de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 23 de noviembre de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 06 de febrero de 2023:

“PRIMERO: DECLARAR La ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante señora ANA ROCIO VALLEJO YEPES identificada con cédula de ciudadanía No. 51.819.253 el día 13 de julio de 1994 y con efectividad desde el 01 de agosto del mismo año, debido a la omisión en el deber de información por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de pensiones y cesantías AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional de la demandante con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, incluyendo valores por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiera, y en general todo valor que por concepto de las

cotizaciones se hayan efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en beneficio de la parte demandante.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en los numerales que anteceden, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, traduciéndolo en semanas, las mismas que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, y en favor de parte demandante, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, y de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente como valor de las agencias en derecho, a cargo de AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES respectivamente.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (PORVENIR SA) apeló el fallo de primera instancia:

1. **INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita revocar parcialmente la decisión de primera instancia, en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación de la demandante al RAIS y las condenas impuestas, pues si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Corte Suprema, la misma corporación a indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de afiliación por incumplimiento del deber de información; en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto ya que, la demandante realizó válidamente su traslado al régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones y de forma informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el año 1994 y 2010. Así mismo debe decirse el actuar de porvenir ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado por lo que no existen razones fácticas jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia por medio del cual la demandante se trasladó al régimen pensional pues se reitera que la decisión tomada por la parte se hizo en forma consiente y espontánea; igualmente se hizo una valoración negativa de las pruebas del plenario ya que se está imponiendo más carga sobre el deber de información para la fecha de la afiliación con la AFP PORVENIR en donde en todas sus respuestas en el interrogatorio se evidencio que si se le

suministro la información pues ella firmo dicho documento de afiliación de manera libre y espontanea.

- 2. GASTOS DE ADMISNITRACIÓN:** Con todo lo señalado debe indicarse que la devolución de gastos de administración resulta improcedente en conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia que es la entidad encargada de vigilar entre otras a la sociedad administradora de fondo de pensiones, que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de competencia, al señalar que dicho ente del traslado de recursos entre regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente previsto para ella que es el articulo 7 del decreto 3995 del 2008.
- 3. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO DE PRIMERA INSTANCIA:** Lo que corresponde a las agencias en derecho debe declararse desestimada.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineeficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA., efectuado por **ANA ROCÍO VALLEJO YEPES** el día 13 de julio de 1994, **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA S.A el 13 de julio de 1994 efectiva a partir del 1 de agosto de 1994. Posteriormente, por cesión por fusión se trasladó a AFP HORIZONTE el 29 de septiembre de 2000, y finalmente, por una nueva cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (folio 67 contestación Porvenir Archivo 11 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuación la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852

de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporto: formulario de afiliación a Porvenir, Horizonte y Colpatria, historia laboral, reporte histórico de movimientos, reporte histórico de aportes, SIAFP, documento de viabilidad, comunicado de prensa, bono pensional, historia bono pensional, concepto Superintendencia financiera y comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de julio de 1994, fecha del

traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 13 de julio de 1994, la demandante tenía 35 semanas (f. 43 contestación Porvenir Archivo 11 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 22 de junio de 1966 fl.3 demanda expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición por parte de PORVENIR de la historia laboral de la demandante había cotizado 1.320 semanas, (f. 43 contestación demanda); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio

que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 13 de julio de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A, tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineeficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del

traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Del mismo modo, conforme a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROVERNIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y

como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimiento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

En cuanto a la inconformidad con las costas de la apelante, no le asiste razón a Porvenir en su inconformidad, pues se demostró su responsabilidad en la ausencia de información al momento del traslado de régimen, y por tanto al ser vencido en juicio, necesariamente se debe imponer la condena en costas, como lo indica el a quo; en cuanto a Colpensiones, en estricto derecho no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto se REVOCARA las costas impuestas en su contra en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 06 de febrero de 2023 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones se revocan. Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501620200037801](https://www.judicial.gob.mx/expedientes/digital/11001310501620200037801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 17-2020-00031-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GUILLERMO TORRES DÍAZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES/ PORVENIR S.A/ PROTECCION S.A**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A/
COLPENSIONES /Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A Y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La DEMANDANTE como la demandada PORVENIR S.A presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 28 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GUILLERMO TORRES DÍAZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

"PRIMERA: Se DECLARE que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A; asesoro a GUILLERMO TORREZ DIAZ, de manera errada e inadecuada sin un análisis previo y minucioso en las condiciones que gravitaban en torno a sus específicas condiciones pensionales colocando así en riesgo la probabilidad de que pueda gozar de una pensión justa y acorde con sus ingresos, al trasladarlo del I.S.S liquidado (hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES), en enero de 1999.

SEGUNDA: Se DECLARE que la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. no le suministro información completa y comprensible al señor GUILLERMO TORRES DIAZ, antes de cumplir la edad de 52 años, respecto del régimen pensional a elegir, teniendo en cuenta que era el momento justo para tomar tan importante decisión, esto es decir que régimen le era más favorable para sus intereses atendiendo a sus ingresos.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior declaración, SE DECRETE LA INEFICACIA, del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, efectuado al señor GUILLERMO TORREZ DIAZ en enero de 1.999, por incumplimiento de la AFP PROTECCION, de entregar la información oportuna y completa al demandante que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital que debía ahorrar para asegurar la mesada pensional que considera adecuada en el momento de su retiro laboral.

CUARTA: se declare ineficacia del contrato de aportes pensionales celebrados entre PORVENIR Y GUILLERMO TORREZ DIAZ, en el mes de noviembre de 2001, y el traslado posterior acontecido la AFP PROTECCION el 31 de enero de 2006.

QUINTA: ordenar a la AFP PROTECCION, trasladar al señor GUILLERMO TORREZ DIAZ, al régimen de prima media con prestación definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. El traslado solicitado debe efectuarse en las mismas condiciones impetradas como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS .

SEXTA: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a recibir los dineros provenientes de las administradoras de pensiones y aceptar el traslado del señor GUILLERMO TORREZ DIAZ, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por esa entidad.

SEPTIMA: Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso las demandadas.

OCTAVA: *Las que en defensa de los derechos del señor GUILLERMO TORREZ DIAZ, emita el respetado señor juez de la causa .”*

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 27 de febrero de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 17 de febrero de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 01 de julio de 2022:

“PRIMERO: DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARÓ QUE EL TRASLADO del señor GUILLERMO TORRES DÍAZ identificado con la C.C. 14.268.205, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por Colmena S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz y por consiguiente, no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARÓ que el demandante señor TORRES DÍAZ, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENÓ a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, advirtiéndose además que deberá devolver los gastos de administración que en su momento descontó, los que deberán ser asumidos por ella de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., devolver los dineros que en su momento descontó, a título de gastos o comisiones de administración, y girarlos a Colpensiones, a efectos de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema, según lo analizado.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que se efectúe por parte de las demandadas a favor del demandante, y convalidarlos en la historia laboral respectiva, para los efectos de la densidad de cotizaciones a que haya lugar.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. Se dispone que una vez en firme esta sentencia, por Secretaría se practique la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1'000.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES”

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes demandadas (PORVENIR S.A Y COLPENSIONES S.A) apelaron el fallo de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A:

1. Sobre los gastos de administración:

Argumenta la apoderada de porvenir que en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, lo cual lleva a concluir entonces que estas sumas no financian el derecho pensional por lo que frente a las mismas opera la prescripción. Sostiene que, la superintendencia financiera también ha sido clara indicando en forma expresa que, en los eventos de proceder la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Manifiesta que, de igual manera merece atención el hecho de que el artículo 113 literal b de la ley 100 del 93 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar con este cambio de régimen por cualquier razón y señala que es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia entonces que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado, y por ende nunca han pertenecido al afiliado sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

2. De la condena en costas en primera instancia:

Solicita, revocar la condena en costas a porvenir, señalando que la misma no tuvo nada que ver en el acto jurídico del cual se está declarando la ineficacia.

COLPENSIONES:

1. De la condena en costas en primera instancia:

El apoderado, manifiesta que, Colpensiones no actuó en el acto jurídico del traslado, por lo cual solicita revocar la decisión de primera instancia en cuanto a la condena en costas a su cargo.

2. De la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003:

Señala que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional toda vez que ya se encuentra en la edad para pensionarse.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la ineffectuación de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA SA, efectuado por **GUILLERMO TORRES DÍAZ** el día 12 de enero de 1999, al igual que los demás trasladados horizontales efectuados 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR S.A, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adeudas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLMENA S.A el 12 de enero de

1999, efectiva a partir del 1 de marzo de 1999. Posteriormente, por una cesión por fusión se trasladó a AFP ING S.A el 01 de abril de 2000, luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A el 17 de septiembre de 2001, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2001. Mas adelante, se trasladó nuevamente a ING S.A el 31 de enero de 2006, efectiva a partir del 01 de marzo de 2006 y finalmente, por una nueva cesión por fusión, quedo afiliado a la AFP PROTECCION S.A el 31 de diciembre de 2012 (folio 37 contestación PROTECCION S.A archivo 12 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuación la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede arguirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que

el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral del

demandante; AFP PROTECCION S.A aporto: solicitud de vinculación al fondo años 1999 y 2006, formato de actualización de datos, historia laboral del demandante, SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro individual, políticas de ejecutivos comerciales, concepto emitido por la S.F y comunicado de prensa; AFP PORVENIR SA aporto: SIAFP, Copia de la historia válida para bono pensional, historia laboral consolidada, formulario de vinculación, relación histórica de movimientos, relación de aportes de la demandante, certificado de egreso, copia comunicado de prensa y copia del concepto de la S.F.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de enero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 12 de enero de 1999, el demandante tenía 455,29 semanas (f. 154 contestación Colpensiones archivo 11 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 01 de enero de 1958 f. 05 anexos demanda archivo 2 del

expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición por parte de PROTECCION de la historia laboral del demandante había cotizado 1.247,01 semanas, (f. 65 contestación PROTECCION archivo 12 del expediente digital); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, es importante precisar que, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLMENA S.A hoy PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLMENA S.A hoy PROTECCION, el 12 de enero de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLMENA S.A y AFP PORVENIR S.A, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano de cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Por otra parte, resulta sustancial señalar que el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento

de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, frente a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada el demandante en este caso AFP PROTECCION SA Y PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en

precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"

Sumado a lo anterior resulta esencial de igual forma, traer a colación pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL 2601 de 2021 con Rad. 86744, en la cual se indicó:

"(...) Frente al argumento de Protección S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineeficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones., como acertadamente lo dispuso el a quo, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala. de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989:

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.

Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala. ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la

cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones. de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (CSJ SL2877-2020).

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimiento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de

2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, no hay lugar a absolver al fondo privado apelante por las costas de la primera instancia, toda vez que se trata de una sanción objetiva que se impone a la parte vencida, conforme a lo previsto en el artículo 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS. En consecuencia, como la sentencia de primer grado resultó desfavorable a Porvenir S.A, quien además de acuerdo a lo previamente estudiado en la parte motiva del presente fallo, si faltó al deber de información el cual en su en su debido momento le correspondía legalmente otorgar al demandante; bajo la anterior consideración y en aplicación del precepto legal en cita, las costas de esa instancia están a su cargo.

En cuanto a la inconformidad de Colpensiones por haber sido condenada en costas. Le asiste razón, pues en realidad esta no fue vencida en juicio, ya que simplemente al ser el único fondo público que maneja el RPM necesariamente tiene que acudir al proceso, ante la eventual condena que se impuso declarando la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a PROTECCION en el que no tuvo responsabilidad que se pueda endilgar a su cargo.

Por lo anterior se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones, se confirma la condena impuesta a cargo de PORVENIR Y PROTECCIÓN SA.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante PORVENIR SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 01 de julio de 2022 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones se revocan.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

Albañil

LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada

Questa es mi firma.

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501720200003101](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2019-00598-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **SANDRA BRESCIANI OTERO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES/ PROTECCION S.A/ PORVENIR S.A/**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A/ COLPENSIONES /Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A Y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 18º Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La DEMANDANTE, como las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

SANDRA BRESCIANI OTERO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A, como aparece

en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

"PRIMERA: Que se *DECLARE para todos los efectos la INEFICACIA del traslado del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de Ahorro Individual de la señora SANDRA BRESCIANI OTERO .*

SEGUNDA: Que en *SUBSIDIO se DECLARE para todos los efectos la NULIDAD DEL TRASLADO del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual.*

TERCERA: Se *CONDENE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a entregar a COLPENSIONES el capital ahorrado más los frutos y beneficios que ha percibido, los gastos de administración y cuota de manejo que hubiesen descontado las demandadas.*

CUARTA: Se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho.

QUINTA: Se condene a la administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES si se opone a las pretensiones, en costas y agencias en derecho .

SEXTA: PRETENCIIONES GENÉRICAS: Se condene a las DEMANDADS al pago de las acreencias ultra y extra petita; declaración de hechos no probados; Indicio grave en contra de los demandados; indicios; hechos notorios; negociaciones o afirmaciones indefinidas; conforme a lo previsto en la normatividad vigente".

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 04 de agosto de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 19 de enero de 2023, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 21 de marzo de 2023:

"PRIMERO: DECLARÓ la INEFICACIA de la afiliación de la señora SANDRA BRESCIANI OTERO identificada con C.C. No. 39.774.800, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que fue solicitada el día 14 de agosto de 1996 con fecha

de efectividad a partir del 15 de agosto de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARÓ que para todos los efectos legales la señora SANDRA BRESCIANI OTERO identificada con C.C. No. 39.774.800, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENÓ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora SANDRA BRESCIANI OTERO identificada con C.C. No. 39.774.800, y devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora SANDRA BRESCIANI OTERO identificada con C.C. No. 39.774.800, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: DECLARÓ no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000., suma que deberá cancelar cada una a favor de la actora. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Con la presente providencia procede el recurso de apelación, en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el Despacho ordenara surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes demandadas (PORVENIR S.A Y COLPENSIONES S.A) apelaron el fallo de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A:

1. Sobre la carga de la prueba:

Indica el apoderado de porvenir que, no comparte la valoración probatoria que realiza el a quo ya que hoy en día no es posible constituir documentos adicionales al formulario de afiliación donde en el mismo se encuentra plasmado el cumplimiento del deber de información y sobre todo de esa garantía de derecho a la libre escogencia consagrado en el literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

2. De los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima:

Argumenta que conforme el artículo 20 de la ley 100 de 1993 se impone a las administradoras del régimen de ahorro individual y también a Colpensiones un descuento en virtud del aseguramiento y que se ampara las prestaciones pensionales de los afiliados a través de los seguros previsionales los cuales se están desconociendo con el fallo de instancia. Sostiene además que, son sumas que se invirtieron en la forma establecida legalmente donde, porvenir no hace uso de esos dineros, sino que los invierte en la generación de rendimientos financieros y en el pago de las cuotas de aseguramiento mensual que amparan inclusive a la fecha a la demandante frente a las contingencias de invalidez o muerte por lo que condenar a estas sumas estaría afectando el patrimonio de porvenir en tanto ya han sido canceladas a las aseguradoras correspondientes.

3. Sobre la indexación

Manifiesta que, no corresponde con los efectos de la ineeficacia el reintegro de una cuenta de ahorro individual con rendimientos financieros y la indexación de unos rubros que se descuentan bajo un mandato legal, es decir, que la indexación de estos gastos de administración y seguros previsionales no resulta viable como quiera que este traslado se compensa con los rendimientos financieros y permite a

Colpensiones perfeccionar esa pérdida de poder adquisitivo de la moneda al momento de un reconocimiento pensional.

COLPENSIONES:

1. Sobre el deber de información:

Señala el apoderado de Colpensiones que, la demandante no logró demostrar que hubo una omisión en el deber de asesoría, y que si bien indica que ella efectivamente no diligencio los formularios, que fue recursos humanos quien lo hizo. No obstante, tampoco dio inicio a acciones administrativas o acciones penales ante esto, sostiene además que durante el lapso que realizó sus cotizaciones tuvo el tiempo para acercarse a cualquier administrador de pensión a solicitar información por lo que no es viable justificar que no se le brindo la misma.

Ahora bien en el caso que la falta de información se hubiera basado en que la AFP no realiza una proyección pensional al momento de su traslado, precisa indicar al despacho que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su afiliación dentro de las opciones que la ley le da, sumado a ello, dicha obligación de emitir por parte de la AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados; nació con el decreto 2071 del 2015, es decir con posterioridad del traslado que realizó la demandante

2. De la carga dinámica de la prueba:

Argumenta que, quien afirma un hecho es quien debe probar el mismo, y que no todas las partes demandantes para este tipo de casos se pueden declarar como partes débiles e indefensas y simplemente con presunciones venir a desvirtuar que hubo una omisión de información.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **SANDRA BRESCIANI OTERO** el día 14 de

agosto de 1996, al igual que los demás traslados horizontales efectuados 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION S.A, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A el 14 de agosto de 1996, efectiva a partir del 15 de agosto de 1996. Posteriormente, se trasladó a la AFP PROTECCION S.A el 04 de mayo de 1998, efectiva a partir del 1 de julio de 1998, luego se trasladó a la AFP COLMENA S.A el 23 de marzo de 1999, efectiva a partir del 1 de mayo de 1999; más adelante, por una cesión por fusión se trasladó a ING el 01 de abril del 2000. Finalmente, por un nuevo traslado de AFP, quedo afiliada a la AFP PORVENIR S.A el 28 de febrero de 2003, efectiva a partir del 1 de abril de 2003 (folio 153 contestación PORVENIR S.A archivo 07 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información

suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineffectuación del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineffectuación), posibilitando con la ineffectuación mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineffectuación del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y

obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, historial laboral; AFP PORVENIR S.A aporto: relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, formulario de afiliación a porvenir, 1996 y 1998, formulario de afiliación a horizonte, hoy porvenir 2009, bono pensional, historia laboral bono, comunicación con radicado 420801141094052000, comunicación con radicado 0100222101766200, historial de vinculaciones SIAFP, estudio de viabilidad, comunicado de prensa, concepto superintendencia financiera; AFP PROTECCION S.A aporto: solicitud de vinculación, SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro individual, concepto de la superintendencia financiera y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de agosto de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 14 de agosto de 1996, la demandante tenía 108,29 semanas (f. 96 contestación porvenir archivo 07 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 08 de enero de 1965 f. 21 demanda archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas; en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, es importante resaltar que, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 14 de agosto de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A y AFP PROTECCION S.A, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano de cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineffectivo, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria

de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de

pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)**

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCION SA Y AFP PORVENIR, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)**

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante PORVENIR SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los

aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo mensual legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



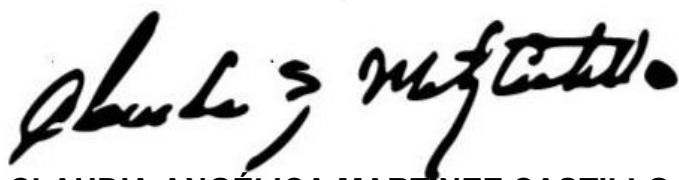
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501820190059801](https://expediente.scdigital.cl/expediente/11001310501820190059801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 018-2020-00448-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MAGDALENA FRANCO ANGULO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada -COLPENSIONES S.A.-, presentó alegaciones, según lo ordenado en auto de 10 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **MAGDALENA FRANCO ÁNGULO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

- 1. DECLARAR** la nulidad o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Ahorro Individual.
- 2. DECLARAR** que siempre ha permanecido afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, como aportes, rendimientos, frutos, intereses y bono pensional si hubiere lugar a ello.
2. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que cumplió con su deber de asesorar a la demandante, quien obtuvo la suficiente información y conocimiento

para tomar una decisión responsable . Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema General de Pensiones.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que la accionante de manera libre y voluntaria decidió efectuar el traslado de régimen pensional. Además que la asegurada no puede retornar al régimen que administra, por estar ésta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 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, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 9 de febrero de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por COLPENSIONES y PROTECCION S.A. (carpeta 8).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 27 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora **MAGDALENA FRANCO ANGULO** identificada con cédula de ciudadanía No. **51.796.285** a **DAVIVIR** hoy sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, el **10 de octubre de 1995**, con fecha de efectividad **1 de noviembre del mismo año**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad **DAVIVIR** hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver dentro de los **cuarenta y cinco (45) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** –

COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MAGDALENA FRANCO ANGULO** identificada con cédula de ciudadanía No. **51.796.285**, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha **7 de marzo de 1985**, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante **MAGDALENA FRANCO ANGULO** identificada con cédula de ciudadanía No. **51.796.285**, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a **un salario mínimo legal mensual vigente**, sin condena en costas a Colpensiones.

SEXTO: Si no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el Superior.

SÉPTIMO: Con la presente providencia procede el recurso de apelación

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, indicando: “en atención a los múltiples pronunciamientos que han realizado nuestras altas cortes, en los que se han fijado parámetros para el análisis de las pretensiones tendientes a declarar la ineeficacia de traslado, no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, que también ha sido objeto de análisis por parte de los órganos de cierre y en el presente asunto nos encontramos ante una persona capaz, consciente y con

unas calidades académicas particularmente altas, que le permiten establecer que la decisión que tomó durante su afiliación al RAIS, estuvo precedida de información necesaria, para concluir que el traslado realizado era la opción mas viable para sus intereses futuros y en ese entendido no puede considerarse que factores como la fluctuación en el mercado del trabajo y la evolución de los salarios de la parte actora, y otras variables, representan mayor o menor réditos sean la razón suficiente para considerar que no se le suministro toda la información necesaria, también valga indicar su señoría que las proyecciones pensionales, no son pruebas útiles para este proceso, así mismo su señoría pues con el fin que la demandante durante el interrogatorio demostró que verdaderamente estuvo precedida de una información y que las obligaciones no solamente son contra los fondos privados, sino también con la demandante en cooperar con dicho análisis y beneficio a su mejor estatus pensional a futuro, también indico que generaría un impacto económico a mi representada en recibirla pues teniendo en cuenta que no guardo fidelidad en el sistema, así las cosas dejo sustentado mi recurso de apelación.”

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuado por MAGDALENA FRANCO ANGULO, el día 10 de octubre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCION S.A, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., el 10 de octubre de 1995 (fl 30 carpeta 4 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineeficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 05). **AFP PROTECCION S.A.:** formulario de afiliación, historial de vinculaciones, respuesta dada por la AFP sobre la petición encaminada a obtener la anulación del traslado de régimen, resumen de historia laboral para bono pensional, reporte de estado de cuenta, historia laboral, concepto emitido por la Superintendencia Financiera y comunicados de prensa,

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 10 de octubre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino

por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 10 de octubre de 1995, la demandante tenía 265.29 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 32 carpeta 7 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 15 de julio de 1965, fl 20 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el 13 de septiembre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PROTECCIÓN S.A., que obra en el fls 81 del archivo 4 del expediente digital, la demandante había cotizado 1419 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que

efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensóniales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran

acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PROTECCION S.A., el 10 de octubre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

“(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se

trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, y así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Ahora, la orden de reintegro debe comprender la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y al respecto, es preciso traer a colación el reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en el cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora."

(Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineffectuado del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente realizar la adición de la sentencia, en el entendido de CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a la entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineffectuado del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la

señora **MAGDALENA FRANCO ANGULO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.**, el 10 de octubre de 1995, pero con la adición que la administradora de carácter privado, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia. .

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la AFP PROTECCIÓN S.A., devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes efectuados por la accionante en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; además retornará los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501820200044801](https://expedientedigital.mtc.gov.co/expediente/11001310501820200044801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 019-2016-00598-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **BLANCA STELLA ONTIBON RINCÓN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, NICOLAS ALEJANDRO ARIAS**
HERNÁNDEZ Y CLAUDIA HERNÁNDEZ
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandante y demandada - COLPENSIONES-, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de los demandados NICOLAS ALEJANDRO ARIAS HERNÁNDEZ Y CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ, presentaron alegaciones atendiendo lo ordenado en auto del 2 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora BLANCA STELLA ONTIBON RINCÓN, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, como aparece de folios 1 a 8 del expediente

físico, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** que fue la única compañera permanente del causante LUIS GERMÁN ARIAS CARDENAS.

CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50%, a partir del 2 de diciembre de 2015, junto con las mesadas adicionales y el retroactivo pensional.

2. **CONDENAR** a la entidad demandada a reconocer las sumas adeudadas debidamente indexadas.

3. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los intereses moratorios

4. Costas procesales.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 9 marzo de 2017, **ADMITIÓ** la demanda en contra de la COLPENSIONES.

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que esta imposibilitada jurídicamente para realizar algún tipo de reconocimiento pensional a favor de la demandante, con ocasión al conflicto que se presenta entre los posibles beneficiarios de la prestación. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, buena fe y prescripción (cuaderno10)

El Juzgado de conocimiento mediante auto del 23 de mayo de 2017, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (cuaderno 16). Mientras que por proveídos del 25 de octubre de 2017 y 21 de enero de 2020, ordenó la integración de la señora CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ y NICOLÁS ALEJANDRO ARIAS HERNÁNDEZ, respectivamente, en calidad de Litis consorte necesario, providencia que fue aclarada el 29 de agosto

de 2022, en el entendido que los anteriores sujetos tenía la condición de terceros ad-excludendum (cuaderno 17).

Frente a los anteriores requerimientos la señora CLAUDIA LEONOR HERNANDEZ, contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que mediante sentencia dictada por un juez de familia, fue reconocida como compañera permanente del causante. Por otra parte, el joven NICOLÁS ARIAS HERNANDEZ, adujo en su escrito de defensa que se allanaba a las pretensiones enunciadas en el libelo inicial.

El Juzgado de origen por autos del 12 de febrero de 2019 y 17 de septiembre de 2021, tuvo por contestado el libelo introductorio por parte de quienes fueron llamados como terceros ad-excludendum .

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 2 TRANSITORIO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, en sentencia del 29 de agosto de 2022, dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR que BLANCA STELLA ONTIBON RINCÓN Y CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, en calidad de compañeras permanentes supérstite del señor LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS (Q.E.P.D), tienen derecho al reconocimiento de la prestación del 30% y del 70% respectivamente inicialmente del 50% de la prestación de sobrevivencia, que fue dejado en suspenso por parte de COLPENSIONES, por haber acreditado un total de 2921 días, por parte de la señora Blanca Stella y 7249 días por parte de la señora CLAUDIA LEONOR HERNANDEZ BOHORQUEZ, de convivencia con el causante su compañero permanente LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS, con quien convivieron de manera simultanea por lo menos durante los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de su deceso de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, ello sin dejar de lado que a NICOLÁS ARIAS HERNÁNDEZ, evidentemente le corresponde el 50% de la prestación restante, dado que ya le había sido reconocida por COLPENSIONES, siempre y cuando acredite hasta el 24 de marzo de 2024, fecha de cumplimiento de esos 25 años de edad, su calidad de estudiante de conformidad con lo expuesto en la normativa aplicada, para ello.

SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA de lo anterior, CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante BLANCA STELLA ONTIBON RINCON, la suma de \$12.945.388, como retroactivo causado entre el 2 de diciembre del año 2015 y

el 30 de agosto del año 2022, teniendo en cuenta que aquí se establecieron esos porcentajes, hasta el 30 de junio de 2021, fecha en la que NICOLÁS ALEJANDRO ARIAS, confesó no estar estudiando y el mismo 30% respecto del otro porcentaje que fue dejado en suspenso a partir de esa fecha, es decir, del 1 de agosto de 2021, perdón desde el 1 de junio de 2021, por lo tanto se acrecienta estos porcentajes en favor de la señora BLANCA STELLA ONTIBO, de la misma forma CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, tiene derecho al pago de \$30.205.907 de igual forma como retroactivo pensional causado en 70% de la prestación, el 50% hasta el 30 de junio de 2021, desde el 2 de diciembre y a partir del 1 de julio de 2021, se acrecienta este porcentaje siguiendo el porcentaje que se había dejado en suspenso y siguiendo en la misma proporción del 70% hasta el 30 de agosto del año 2022, entonces por esta razón se acrecienta el porcentaje, teniendo en cuenta repito que NICOLAS ALEJANDRO ARIAS HERNÁNDEZ, confeso no estar estudiando , a partir de esa fecha y por esa razón dejó de percibir la prestación, sin embargo estos dineros, sin perjuicios de las demás mesadas que se causen con posteridad y sin perjuicio también de que NICOLAS ALEJANDRO ARIAS decida volver a estudiar y acredite sus estudios, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1574 del año 2015, hasta el momento, en que cumpla sus 25 años de edad y que esta situación sea acreditada efectivamente ante COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: SE AUTORIZA entonces a COLPENSIONES para que de estos retroactivos, descuento lo atinente a los aportes en salud y los gire a cada una de las entidades de seguridad social a las que se encuentran afiliadas las demandantes.

CUARTO: CONDENAR A COLPENSIONES a pagar a las demandantes BLANCA STELLA ONTIBON RINCOS y CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, la indexación del retroactivo pensional aquí mencionado, en los numerales inmediatamente anterior.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, salvo la de inexistencia de los intereses moratorios.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en el libelo introductor

SÉPTIMO CONDENAR A COLPENSIONES en costas a favor de la contendientes, y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de 1 smlmv, para cada una de ellas

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, insiste en que erró el Juzgado de conocimiento en reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la señor CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ, en un 70%, como quiera que la convivencia no fue continua durante los últimos cinco años previo al fallecimiento del afiliado, máxime cuando a su juicio se desconoció el acuerdo que celebró con la señora HERNÁNDEZ BOHORQUEZ: “*no se ve cómo pueda doña Leonor tener derecho y mucho menos al 70% del reconocimiento, de manera que en ese orden de ideas en ese punto pues discrepo respetuosamente del contenido de la decisión y bueno de la lectura, de la simple lectura de las vueltas que se dieron y de todo pues se establece que había una relación, era por el hijo que había y lo que él aportaba, el causante aportaba no era aportes de alimentos a la señora a doña Leonor, si no era para el hijo distinto es que ella le haya dado un diferente destino que haya tenido para los gastos de la casa claro porque no podía distinguirlo solamente al hijo pero esa obligación pues le asistía legalmente por derecho de familia al menor entonces las visitas y todo eso de las solas visitas no puede configurarse como una convivencia permanente bajo un mismo techo y el lecho y mesa entonces totalmente se debe reponer esa parte no me parece justa la decisión en ese sentido, mucho menos que se haya desbordado el acuerdo que habían celebrado las partes que vale decir doña Leonor y mi representada en el 50% de esos derechos entonces aquí realmente se está rompiendo con la voluntad que se tuvo en un momento dado entre las partes para darle al 70% que no se puede computar todo ese tiempo porque la verdad posiblemente hubo una convivencia pero mucho antes de los 5 últimos años, en los últimos 5 años contados a partir hacia atrás a partir del 2 de diciembre del 2015 fecha de fallecimiento del causante, doña Leonor no convivió porque simplemente se establece que eran unas visitas ella se fue para una vereda del municipio de la Vega y entonces de pronto venía, de pronto no venía, él iba, pero el hecho de él ir el causante sí así lo era pues no le imponía una relación sentimental con la mamá de su hijo sino simplemente tenía las visitas obligatorias a través del derecho de familia entonces él estaba en la obligación de ir a visitar a su hijo de pronto tenía un acuerdo de visitas y todo eso como siempre la ley lo exige, por eso no se puede tomar ese tiempo como convivencia cuando estaban separados y quien vivía con él físicamente como lo he indicado bajo el mismo techo, bajo la misma mesa y lecho entonces era mi representada Blanca Stella Rincón eso está más que establecido.”*

Mientras que COLPENSIONES, insiste en que no se demostró el requisito de la convivencia por parte de quienes alegan la calidad de beneficiarios, pues las pruebas aportadas no dan cuenta de fechas, como tampoco de una convivencia simultanea, aunado de resultar la declaraciones recaudadas resultaron contradictorias, por lo que considera que se debe impartir absolución frente a las súplicas invocadas. Finalmente solicitó la revocatoria de la condena por costas procesales, argumentando que ha actuado en estricto cumplimiento de la norma.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Sí las demandantes BLANCA STELLA ONTIBON RINCON y CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte del afiliado LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS, por ostentar la calidad de compañeras permanentes del fallecido, respectivamente. Así mismo, lo relacionado el porcentaje a favor de quienes resulten beneficiarias de la acreencia.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Sobre la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, que nacen directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.

Luego, en este asunto no se encuentra en controversia que, el señor LUIS GERMÁN ARIAS CARDENAS falleció el 2 de diciembre de 2015 (carpeta 01), por lo que la norma para definir la prestación que se reclama, es el artículo 46 y 73 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado al sistema por lo menos 50 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento, condición que cumplió el asegurado, como quiera que de la historia laboral que obra en el expediente administrativo, se corrobora que dentro del lapso mencionado, realizó un total de 154.44 semanas, por lo que dejó causada a favor de los miembros del grupo familiar el beneficio pensional.

Ahora, frente a los beneficiarios de la mentada prestación, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, determinó:

“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 permanentes 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 (...).

Ahora, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”.

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3948 de 2022, expuso:

"En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto."

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata de un afiliado fallecido no se requiere de ese tiempo mínimo de convivencia, pero ello no es óbice para demostrar esa ayuda, socorro mutuo y vida común, para la calenda en que ocurrió el fallecimiento del asegurado.

Ahora, nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL 1399 de 2018 ha enunciado por convivencia aquella «*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de*

realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- (...) entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común; excluye así, los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no generan las condiciones necesarias de una comunidad de vida."

En este orden, tenemos que la señora BLANCA STELLA ONTIBON RINCON, asegura que fue la compañera permanente del asegurado desde el mes de diciembre de 2007 hasta el 2 de diciembre de 2015: "*Mi poderdante señora BLANCA STELLA ONTIBON RINCÓN, ya identificada convivio (sic) en unión marital de hecho desde el mes de Diciembre de 2007, con quien en vida se llamó LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS y que se identificó con la C.C. N° 79.406.556 hasta el dos de Diciembre de 2015 cuando falleció víctima de acto de violencia.*" (folio 1 cuaderno físico 4). Afirmación que fue reiterada al absolver el interrogatorio de parte: "*convivimos hasta el día de su fallecimiento, del 7 de diciembre del 2007.*"

A efectos de probar dichas manifestaciones, la demandante BLANCA STELLA ONTIBON RINCON, incorporó unas declaraciones extrajuicio, que dan cuenta de la convivencia con el afiliado fallecido, desde diciembre de 2007 hasta el 2 de diciembre de 2015, así:

La señora JOHANA ANDREA QUIÑONEZ y GIOVANNY MAURICIO ARANGUREN AGUILERA, aseguraron el día 10 de octubre de 2016, ante la Notaria 61 del Círculo de Bogotá que, la señora ONTIBON RINCON compartió techo, lecho y mesa con el señor LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS, desde el 7 de diciembre de 2007 hasta el 2 de diciembre de 2015.

De igual manera los padres de asegurado fallecido, en diligencia del 26 de abril de 2016, practicada ante la Notaria Sesenta y Dos de Bogotá, manifestaron: "*Somos testigos de la unión entre nuestro hijo Luis German Arias Cárdenas (Q:E:P.D), identificado con cedula de ciudadanía N° 79.406.556 de Bogotá, quien falleció el 2 de diciembre de 2015, desde el año 2007 hasta la fecha de su fallecimiento convivió con la señora Blanca Stella Ontibon Rincón identificada con cedula de ciudadanía N°51.674.738 de Bogotá de forma permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa.*"

Adicionalmente, se tiene que tanto la demandante como quien fue llamada como interveniente excluyente, firmaron un acuerdo conciliatorio, por medio del cual las supuestas beneficiarias, acordaban dividir en partes iguales el derecho pensional, empero pese a que fue incorporado al plenario, lo cierto es que, el A-quo no le otorgó validez, tema que será tratado más adelante; Sin embargo, la señora Claudia Hernández, al absolver el interrogatorio de parte, manifestó las razones que la conllevaron a suscribir el citado documento: *"nosotros tuvimos una primera citación al juzgado 19 y pues empezamos a ver pues como cosas como similitudes de las dos o sea que como que realmente sí él había convivido con las dos al tiempo entonces la jueza estaba como en receso o terminando otra audiencia y pues ella nos dijo que si quería que habláramos entre nosotras para ver si queríamos que hubiese audiencia o no hubiese audiencia o que si queríamos hacer algún tipo pues de arreglo entre nosotras para evitarnos pues un proceso largo como ha venido sucediendo y había un abogado de Colpensiones, no sé si era el doctor Elkin o no se realmente no recuerdo yo creo que era otro y pues él dijo pues que le parecía pertinente que hiciéramos pues como ese tipo de acuerdo pero pues realmente yo decir que fue el doctor Elkin sería estarle diciendo mentiras porque no lo recuerdo."*

Luego del material probatorio decretado y practicado a favor de la demandante, y descrito precedentemente, ya que los testimonios no fueron recaudados ante la incomparecencia de quienes debían absolverlo, podemos evidenciar esa vida en común, colaboración, ayuda y socorro, entre la accionante y el afiliado fallecido para el momento del deceso, como pasa a explicarse:

-Las declaraciones extra juicio acreditan esa comunidad entre la pareja en mención, desde el mes de diciembre de 2007 hasta la calenda en que falleció el asegurado, manifestaciones que tienen la connotación de documentos provenientes de terceros, cuyo contenido no fue desconocido por la pasiva, aunado a que su ratificación no fue solicitada.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1227 de 2015, expresó:

“A juicio de la Sala, el razonamiento efectuado en la sentencia de 2 de marzo de 2007, radicación 27593, según el cual, las declaraciones extra juicio recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse (...) como

documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.”, está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extra juicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento.

“De lo que viene dicho, se concluye que no cometió el ad quem la distorsión jurídica que se le imputa, puesto que en los términos del artículo 27 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil: “Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación”, que se acompaña con la política legislativa que en materia probatoria se viene adoptando, en perspectiva de menguar el exceso de rigor formal que antaño campeaba en los códigos de procedimiento.”

Por otra parte la señora CLAUDIA HERNANDEZ, tercera interveniente, confesó en su declaración, sobre esa convivencia simultánea del afiliado con ella y con la demandante, para el momento del deceso.

En ese orden de ideas, no erró el juez de primera instancia en reconocer como beneficiaria de la pensión a la señora ONTIBON RINCON, por acreditar en calidad de compañera permanente esa comunidad para la fecha en que el cotizante falleció.

Ahora en relación con el derecho invocado por la señora CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHÓRQUEZ, se incorporó como única prueba copia del acta de la audiencia de juzgamiento realizada dentro del proceso 11001310100013020160065800, que fuere promovido por CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHÓRQUEZ contra el señor LUIS GERMAN ARIAS CÁRDENAS, en la que se dejó sentado:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de la UNION MARTIAL DE HECHO, formada entre los señores CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHÓRQUEZ, identificada con la C.C. N°52.174.637 y LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS (q.e.p.d), por razón de su comunidad de vida permanente y singular, que perduró desde el 18 de enero de 1996 hasta el 2 de diciembre de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR la EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO, Formada entre los señores CLAUDIA LEONOR HERNANDEZ BOHORQUEZ, identificada con la C.C.. N° 52.174.637 y LUIS GERMAN ARIAS CARDENAS (q.e.p.d) por razón de su comunidad de vida permanente y singular, que perduró desde el 18 de enero de 1996 hasta el 2 de diciembre de 2015.”

Tenemos entonces que, la Ley 100 de 1993, con sus modificaciones, frente al requisito de convivencia para la causación del derecho pensional, refiere un término de cinco años previos al fallecimiento del pensionado o esa vida en común sin exigir un periodo en el caso de muerte del afiliado, es decir, que para ésta Sala el concepto de compañera surge de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, de asistencia mutua, de solidaridad, de realización de una familia, independiente de la declaración y del concepto de unión marital de hecho, por lo tanto la figura jurídica mencionada está consagrada en la legislación para regular efectos patrimoniales diferentes a los derivados del derecho laboral y seguridad social.

Lo anterior por cuanto la Ley 54 de 1990, exige una convivencia por un lapso de dos años, tiempo suficiente para declarar la unión marital de hecho, mientras que en materia de seguridad social, se requiere para la causación del derecho pensional, un término mínimo de convivencia de 5 años en caso de muerte del pensionado o esa conformación de un núcleo familiar para el momento del deceso del afiliado, ello en razón a la finalidad de la pensión de sobreviviente que no es otro, que suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar del cual recibió apoyo y asistencia mutua.

No obstante, en la citada sentencia se dejó claro que esa comunidad perduró desde el 18 de enero de 1996 hasta el 2 de diciembre de 2015, dejándose así plasmada en la parte resolutiva, por lo que esta Sala no puede desconocer este tema, al ser objeto ya de debate y surtir los efectos de cosa juzgada.

En esa medida, dado que existe una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada, en la que se plasmó desde y hasta cuento existió esa vida en común entre la pareja en precitada, hay lugar a conceder la prestación a favor de la mencionada señora, pues se repite esa unión estaba vigente para el momento en que falleció el afiliado.

A lo que se debe agregar que la señora HERNÁNDEZ BOHÓRQUEZ, al absolver el interrogatorio de parte, enunció que convivió con su compañero hasta el año 2013, pero que por cuestiones laborales se trasladó al municipio de la Mesa, quedando su compañero en la ciudad de Bogotá, pero cada quince día viajaban para su encuentro, pero reiterando que su convivencia continuó. Frente a lo cual la demandante, aseguró en la misma diligencia que el señor GERMAN ARIAS, viajaba cada quince días a la Vega, a visitar a su hijo, y se quedaba en la casa de hijo, quien vivía con su madre: *"Pues él iba a la Vega los fines de semana cada 15 días y a veces se quedaba allá."* Y en relación con la pregunta si ella avalaba que su compañero se quedara en la casa de la señora HERNANDEZ BOHORQUEZ, señaló: *"Él me decía que ella a veces estaba pero a veces no, pero que ya no tenía nada con ella."*

Luego de las manifestaciones realizadas por quienes se disputan el derecho pensional, se evidencia que realmente la señora HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, vivía en una ciudad diferente a la del señor GERMAN ARIAS, pero que él viajaba cada quince días y pernotaba en su casa.

En orden de ideas, la prestación tal como lo enunció el Juzgado de primera instancia, debe ser otorgada a favor de las señoras BLANCA STELLA ONTIBON RINCON y CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, por haber acreditado esa vida en común, asistencia mutua y de solidaridad, para la calenda en que falleció el afiliado.

Por lo tanto y en atención al tiempo de convivencia de la señora ONTIBON RINCON con el asegurado -*desde el 7 de diciembre de 2007 hasta el 2 de diciembre de 2015*- , equivalente a 2914 días, le corresponde el 28.66% , mientras a la señora HERNANDEZ BOHORQUEZ, dado la vida en común prevista en pronunciamiento judicial citado anteriormente -*18 de enero de 1996 hasta el 2 de diciembre de 2015*- , se le debe asignar el 71.33%, empero modificar estos porcentajes, haría más gravosa la situación del único apelante, por lo que no hay lugar a realizar variación alguna frente a la sentencia de primera instancia.

Por otra parte, se debe advertir que los porcentajes señalados por el A-quo, esto es, 30% a favor de la demandante y el 70% a favor de la señora HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, inicialmente serán sobre el 50% de la mesada y solo se acrecentara

en el 100% de la acreencia, a partir del 24 de marzo de 2024, fecha en que el hijo pierda el beneficio pensional, por superar los 25 años.

Lo anterior, por cuanto la pensión fue reconocida a favor del hijo del asegurado en un 50% de la mesada pensional, a partir del 2 de diciembre de 2015, en tanto el porcentaje restante quedó en suspenso hasta que la autoridad judicial definiera los demás beneficiarios, tal como se evidencia de la Resolución GNR 93287 (Folio 14 expediente digital), data para la cual el primogénito del asegurado contaba con 16 años de edad. Sin embargo el joven NICOLAS ALEJANDRO ARIAS HERNANDEZ, quien fue llamado como tercero ad-excludendum, en el interrogatorio que absolvió, preciso que la prestación fue suspendida entre mayo o junio de 2021, por no haber acreditado la calidad de estudiante: “*No señora yo tenía como tal el 50% que era lo de mi papá porque, pues no me la quisieron dejar en su totalidad justamente porque empezaron a pelear las otras dos otras partes y ahí pues me dieron el 50%, cuando salí del bachillerato como tal a mi me la quitaron y me la volvieron a colocar cuando yo estaba en el Sena y pues ahorita último ya no la tengo pues probablemente porque no tengo los recursos para estudiar.*”

Ahora, el hecho de que el joven NICOLAS ARIAS HERNANDEZ, haya suspendido los estudios, a partir de junio de 2021, ello no conlleva a perder la prestación, ya que la norma no exige que esa actividad académica sea continua, sino que la consecuencia es que para esas anualidades no se perciba y solo se reanuda cuanto se retoma, perdiéndose de manera definitiva cuando se es mayor de 25 años.

El anterior criterio tiene su asidero en lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia T-341 de 2021:

“Es importante señalar que, la entidad demandada considera que además de los requisitos señalados de manera precedente, se debe acreditar la calidad de estudiante de manera continua, pues la interrupción de la misma produce la extinción del derecho pensional. La anterior posición es rechazada por esta Sala con fundamento en las siguientes razones: la interpretación realizada por la entidad demandada adiciona un requisito que la legislación vigente no prescribe, pues, como se señaló de manera precedente, para hacerse beneficiario de la pensión de sobreviviente basta acreditar estar cursando estudios en una institución reconocida por el Ministerio del Educación con la intensidad horaria señalada. Así mismo, es preciso señalar que las limitaciones que se establecen a los derechos y más, cuando éstos son fundamentales, son taxativas y no se pueden interpretar de forma extensiva o análoga como lo plantea Colmena Riesgos Profesionales. La exigencia del requisito de continuidad en la condición de estudiante es contraria a los

fines que inspiran la figura, centrada en afianzar la formación académica del joven con miras a un mejor desempeño futuro que le permita valerse por si mismo, máxime si se desconocen las razones por las cuales un joven puede interrumpir los mismos, pues en más de una ocasión ésta se da por razones ajenas a la voluntad del estudiante, como sería el caso de enfermedad o no superar las pruebas de admisión en determinado centro educativo. Lo anterior, por cuanto el requisito de continuidad desconoce el estado de debilidad manifiesta que presenta la persona que hasta ahora ostenta la calidad de estudiante, por cuanto es indudable su estado de indefensión cuando apenas transita por el camino de la formación educativa, en aras a acceder a un conocimiento que le permita valerse por sí misma, a través de la capacitación para ejercer una profesión u oficio y alcanzar un desarrollo humano integral, con la posibilidad de desenvolverse autónomamente en el campo laboral, personal y social. (...) En esta providencia, por el contrario, se realiza una interpretación de la normatividad contentiva de los requisitos para acceder al pago de la pensión de sobrevivientes, en el caso específico de los hijos mayores de edad que se encuentran estudiando, que permite el ejercicio del derecho en adecuación con los términos constitucionales. En otras palabras, el juez ordinario, al estudiar el presente caso o situaciones de hecho iguales o análogas a la presente, no podría dar interpretación diferente al momento de aplicar las normas estudiadas, pues ésta es la que resulta acorde a la Constitución." (subrayado fuera del texto).

Así las cosas realizadas las operaciones aritméticas, se obtuvo un valor de \$10.702.194.08, por retroactivo pensional a favor de la demandante BLANCA STELLA ONTIBON RINCÓN, advirtiendo que estas cifras fueron halladas teniendo en cuenta un 30% de la mitad de la mesada inicial, desde el 2 de diciembre de 2015 hasta el 30 de agosto de 2022 -fecha señalada por el juez de instancia- con un total de 13 mesadas, mientras que a favor de CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, el retroactivo fue equivalente a \$24.971.786.16, determinado del 70% de ese 50% dejado en suspenso, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, reiterando que a partir del 24 de marzo de 2024, se acrecentara la pensión a favor de la accionante y la tercera interveniente, en atención a la pérdida del beneficio reconocido a favor del hijo del causante y seguirá aumentado a favor de cualquiera de las beneficiarias, ante la muerte de alguna.

AÑO	Nº MESADAS	MESADA PENSIONAL	50%	30 del 50%	70 del 50%	retroactivo ONTIBON RINCÓN	RETROACTIVO HERNANDEZ
2015	1,01	\$644.350,00	\$322.175,00	\$96.652,50	\$225.522,50	\$97.619,03	\$227.777,73
2016	13	\$689.455,00	\$344.727,50	\$103.418,25	\$241.309,25	\$1.344.437,25	\$3.137.020,25
2017	13	\$737.717,00	\$368.858,50	\$110.657,55	\$258.200,95	\$1.438.548,15	\$3.356.612,35
2018	13	\$781.242,00	\$390.621,00	\$117.186,30	\$273.434,70	\$1.523.421,90	\$3.554.651,10

2019	13	\$828.116,00	\$414.058,00	\$124.217,40	\$289.840,60	\$1.614.826,20	\$3.767.927,80
2020	13	\$877.803,00	\$438.901,50	\$131.670,45	\$307.231,05	\$1.711.715,85	\$3.994.003,65
2021	13	\$908.526,00	\$454.263,00	\$136.278,90	\$317.984,10	\$1.771.625,70	\$4.133.793,30
2022	8	\$1.000.000,00	\$500.000,00	\$150.000,00	\$350.000,00	\$1.200.000,00	\$2.800.000,00
						\$10.702.194,08	\$24.971.786,18

Igualmente, se considera que la excepción de prescripción no afectó ninguna mesada pensional, dado que el derecho se causó el 2 de diciembre de 2015 y basta con indicar que la demanda fue radicada el 18 de octubre de 2016, y notificada a la pasiva el 9 de marzo de 2017, es decir, que no transcurrió el término de tres años entre y otra actuación (carpeta 9 expediente digital),

Finalmente, se enuncia que no hay lugar a acceder a la petición que dejaron plasmada tanto la demandante como quienes fueron llamados en calidad de intervenientes excluyentes, en el mal denominado acuerdo conciliatorio, ya que además de que al mismo no se le puede dar dicha connotación, pues a la luz de lo establecido en la Ley 640 de 2001 (vigente para la fecha de la suscripción), la conciliación debe estar aprobado por una autoridad administrativa o judicial y deben intervenir todas las partes en controversia y medie sobre derechos inciertos y discutible, empero en el asunto de marras COLPENSIONES no aceptó ninguna propuesta y no está avalada por la autoridad correspondiente.

Adicionalmente la Sala de Casación Laboral, en la providencia AL 818 de 2021, dejó establecido que este tipo de acuerdo no resultan válidos, pues la ley determinó los porcentajes a favor de cada del cónyuge o compañeros permanentes en atención al tiempo de convivencia, aunado que se trata de un derecho cierto e indiscutible:

"En efecto, si bien el objeto de la discusión se centra en el porcentaje que le corresponde a cada beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, tal como se anotó en la cláusula 4, lo cierto es que dicha asignación incide en la determinación de beneficiarios de la prestación por el fallecimiento de un afiliado al sistema pensiona, aspecto que está definido por el legislador y no le es dable a las partes acordarla, pues solo aquel que acredite su condición ante la entidad de seguridad social o en el escenario judicial bajo los requerimientos normativos tendrá la vocación de acceder a la garantía del SGP.(...) En consecuencia, debe dejarse en claro, que ni la condición de beneficiario, ni el porcentaje que corresponde a cada beneficiario de la prestación, están sujetos a la

disposición de las partes ya que podría generar el efecto no deseado de desplazar al verdadero acreedor de la prestación”

En estos términos la sentencia será modificada solo en relación con la cuantía del retroactivo, en el entendido que el 50% de la mesada será distribuida en un 30% a favor de la demandante y el valor restante a favor de la señora HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, hasta el 24 de marzo de 2024, acrecentándose en el entendido que los mismos porcentajes serán repartidos, pero ya sobre el total de la cifra asignada por mesada pensional, confirmándose en lo demás.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, y en esa medida no hay lugar a revocar esta condena.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de agosto de 2022, en el entendido que el retroactivo pensional causado a favor de la demandante BLANCA STELLA ONTIBON RINCÓN, es de \$10.702.194.08 advirtiendo que estas cifras fueron halladas teniendo en cuenta un 30% de la mitad de la mesada inicial, desde el 2 de diciembre de 2015 hasta el 30 de agosto de 2022 -fecha señalada por el juez de instancia- con un total de 13 mesadas, mientras que a favor de CLAUDIA LEONOR HERNÁNDEZ BOHORQUEZ, el retroactivo fue equivalente a \$24.971.786.16, determinado del 70% de ese 50% dejado en suspenso, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, reiterando

que a partir del 24 de marzo de 2024, se acrecentara la pensión a favor de la accionante y la tercera interveniente, en atención a la pérdida del beneficio reconocido a favor del hijo del causante y seguirá aumentado a favor de cualquiera de las beneficiarias, ante la muerte de alguna.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501920160059801](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2021-00354-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: HENRY HERNANDO MARTÍNEZ BÁEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES/ COLFONDOS S.A/ SKANDIA S.A/ LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE.
ASUNTO: RECURSO DE APELACION SKANDIA S.A COLPENSIONES /Y CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA S.A Y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA S.A Y la llamada en garantía MAPFRE S.A presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A Y SKANDIA S.A, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

"PRIMERA: Se declare que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS asesoró equivocadamente a el demandante HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ al afiliarlo a dicha entidad, y trasladándolo del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

SEGUNDA: Se declare que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. igualmente omitió la obligación de asesorar a el señor HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ, respecto de la posibilidad de trasladarse al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERA: Se declare que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS igualmente omitió la obligación de asesorar a HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ, respecto de la posibilidad de trasladarse al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

CUARTA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita entre COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ.

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior ordene a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el traslado del señor HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas.

SEXTA: Efectuadas las anteriores declaraciones, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES aceptar el traslado.

SEPTIMA: Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se occasionen con este proceso.

OCTAVA: Se condene a lo extra y ultra petita."

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 15 de febrero de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, y por parte de Skandia S.A efectuando llamamiento en garantía a Mapfre S.A como consta en auto del 20 de enero de 2023 que tienen por contestada la demanda y acepta el llamamiento en garantía, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 14 de febrero de 2023:

"PRIMERO: DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HENRY HERNANDO MARTÍNEZ BÁEZ al régimen de ahorro individual el 26 de marzo de 1999, con fecha de efectividad el 01 de mayo de la misma anualidad, por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando por la ineficacia también los traslados realizados con posterioridad a SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor HENRY HERNANDO MARTÍNEZ BÁEZ 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 y durante el tiempo de permanencia de éste con dicho fondo con cargo a sus propios recursos y utilidades.

TERCERO: CONDENÓ a SKANDIA S.A.-último fondo al que se encuentra afiliado actualmente el demandante- a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante-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 del señor HENRY HERNANDO MARTÍNEZ BÁEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: DECLARÓ PROBADA la excepción propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. relacionada en la parte motiva frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: ABSOLVIÓ a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones.

OCTAVO: CONDENÓ en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES Y SKANDIA S.A., para cada una.

NOVENO: CONDENÓ en COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Liquídense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$600.000.

DÉCIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., en caso de no ser apelada oportunamente por COLPENSIONES.”

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes demandadas (SKANDIA S.A Y COLPENSIONES S.A) apelaron el fallo de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

SKANDIA S.A:

1. Ineficacia del traslado:

Argumenta el apoderado de Skandia que a la ineficacia de traslado no se le puede dar efectos adicionales ni comprensiones distintas a las que ya contempla la ley, pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial es un criterio auxiliar de la justicia como lo dice la ley 153 de 1887 por lo que no puede dársele el carácter de ley a la jurisprudencia.

2. De los gastos de administración

Señala, que el artículo 20 de la ley 100 de 1993 enuncia que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado con lo cual en el entendido que en el presente proceso no se discutió la gestión de SKANDIA S.A tal como se dejó claramente evidenciado en la parte motiva de la sentencia, carece de todo fundamento que se condene al traslado de dichos valores en favor de Colpensiones.

3. Sobre el deber de información:

Manifiesta que, para el momento del traslado no era dable exigir la documentación de la asesoría y que la decisión fue libre y voluntaria tal como enunció el demandante en su interrogatorio de parte donde no mediaron presiones por parte de SKANDIA S.A. sostiene, además, que las características del RAIS estaban en la ley al igual que las del RPMPD con lo cual si se habla de un error sería de derecho por lo que no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento.

4. Del llamamiento en garantía:

Señala que, teniendo en cuenta que, las primas de seguro previsional en tanto estas no obran en SKANDIA S.A si no en Mapfre Colombia seguros; solicita que se realice un pronunciamiento sobre la responsabilidad de Mapfre Colombia seguros, de acuerdo con lo previamente enunciado.

COLPENSIONES:

1. INEFICACIA DEL TRASLADO:

Solicita se revoque la sentencia en su totalidad proferida en primera instancia toda vez que el demandante realizo su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria sin presiones indebidas y en cumplimiento de las solemnidades legales.

2. De la carga de la prueba y el principio de sostenibilidad del sistema pensional:

Señala que respecto de la carga de la prueba en este caso en particular Colpensiones es la más afectada en lo ateniente a la sostenibilidad del sistema pensional máxime cuando la afiliación se dio para el año de 1996 queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente 24 años a la fecha configurándose susceptible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, pues aunque el precedente de la corte suprema utiliza como norma la aplicación del deber de información al decreto 663 de 1993. Sin embargo, este deber solo se materializa a través de la ley 1742 del 2014 y el decreto 2071 del 2015 pues el fondo privado cuenta exclusivamente con el consentimiento en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron entre el año de 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación; manifiesta que, además es de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años al RPMPD pretenda ahora que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo.

3. Sobre la condición del cumplimiento de la sentencia:

De igual forma, de manera subsidiaria en caso de no acogerse a los argumentos propuestos por COLPENSIONES, si la sala confirma la sentencia objeto de alzada solicito respetuosamente se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje de pagos previsionales y gastos de administración y los demás a los que allá lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado el demandante toda vez que COLPENSIONES no puede dar cumplimiento hasta tanto las AFP no reintegre los recursos.

4. Costas y agencias en derecho de primera instancia:

Por último, solicito no se condene en costas a COLPENSIONES toda vez, que no participo en el acto jurídico que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la ineffectuación de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **HENRY HERNANDO MARTINEZ BAEZ** el día 26 de marzo de 1999, al igual que los demás trasladados horizontales efectuados 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA y AFP SKANDIA S.A, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A el 26 de marzo de 1999, efectiva a partir del 1 de mayo de 1999. Posteriormente, se trasladó a AFP SKANDIA S.A el 24 de noviembre de 2005, efectiva a partir del 1 de enero de 2006, luego se trasladó nuevamente a AFP COLFONDOS S.A el 30 de marzo de 2010, efectiva a partir del 1 de mayo de 2010; y finalmente, por un nuevo traslado de AFP, quedó afiliado a la AFP SKANDIA S.A el 1 de octubre de 2010, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2010 (folio 71 contestación SKANDIA S.A archivo 14 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los trasladados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuado la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede arguirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o trasladados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineeficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP COLFONDOS S.A aporto: Historial de vinculaciones SIAFP, formulario de afiliación, historia laboral del demandante; AFP SKANDIA SA aporto: Copia certificado de afiliación y anexos, historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS, certificado expedido por la oficina de bonos pensionales, historia laboral consolidada, estado de la cuenta del actor en SKANDIA S.A, pólizas seguro previsional de invalidez y sobrevivencia expedidas por MAPFRE S.A llamada en garantía por SKANDIA y quien aporto: las mismas pólizas, junto con las condiciones Generales del contrato de Seguro.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de marzo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 26 de marzo de 1999, el demandante tenía 248,29 semanas (f. 99 archivo 14 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 08 de julio

de 1962 (f. 25 demanda archivo 8 del expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición por parte de SKANDIA de la historia laboral de la demandante había cotizado 1.393,57 semanas, (f. 99 Archivo 14); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede

ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 26 de marzo de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS S.A y AFP SKANDIA S.A, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano de cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

“(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la

violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de la apelante frente a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP COLFONDOS SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP COLFONDOS SA Y SKANDIA SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

Ahora bien, de acuerdo al punto de apelación por Skandia S.A, sobre la responsabilidad de Mapfre Colombia seguros; se advierte, que una vez revisado el contrato de seguro previsional celebrado entre Skandia y Mapfre, en el mismo se encuentra el amparo sobre los riesgos correspondientes a la suma adicional para las pensiones de invalidez y sobrevivientes, además de la incapacidad temporal y del auxilio funerario; por lo que, como quiera que el amparo no fue otro del que se rige en permitir la activación del cubrimiento de las contingencias cubiertas por la póliza. Lo que dista de este proceso, en tanto lo que se pretende aquí es que se ordene la devolución de las primas de seguro pagadas en vigencia de dicho contrato y que fueron recibidas por un tercero de buena fe.

Sumado a ello como bien lo indico el a quo, no podría indicarse que la ineeficacia declarada pudiera afectar o cubriera la validez, existencia o eficacia del referido contrato de seguro, por cuanto eso no es parte del presente litigio siendo que la ineeficacia que aquí se declaró lo que hizo fue excluir de todo efecto jurídico el acto de traslado pensional sin que sus resultados se trasladen al contrato asegurativo celebrado por Skandia y mapfre; por lo que en ese sentido los llamados a responder por las devoluciones de los valores antes indicados son estrictamente los fondos privados, obligación que para el caso en específico del llamamiento en garantía se encuentra en cabeza de Skandia por ser el fondo de pensiones al que estuvo afiliado el actor y en quien recaía la obligación de asumir los deterioros sufridos por el bien administrado sin que pueda trasladarse a mapfre algún tipo de responsabilidad por el actuar de terceros. Por lo que, no se accede al punto de apelación ya que es improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a mapfre Colombia.

Finalmente, de acuerdo a lo manifestado por Colpensiones, frente a la petición de condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de esta, se debe resaltar que, en principio, es claro que una vez surtido el trámite interno de las administradoras para dar cumplimiento a la sentencia, las misma como lo indico el a quo deberán trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante-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 del señor HENRY HERNANDO MARTÍNEZ BÁEZ.

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP SKANDIA SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsoriales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP COLFONDOS SA y AFP SKANDIA SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro

máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineeficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineeficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

En cuanto a la inconformidad con las costas de la apelante Colpensiones, le asiste razón, pues en estricto derecho Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto, se revocarán las costas impuestas en su contra en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante SKANDIA SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 14 de febrero de 2023 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP SKANDIA SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP COLFONDOS SA y AFP SKANDIA SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones se revocan.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de AFP SKANDIA SA y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310502120210035401](https://www.poderjudicial.gob.pe/expediente/11001310502120210035401)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 025-2019-00450-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ en calidad de representante legal de su hija SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS.**

DEMANDADO: **COLPENSIONES y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN**

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 06 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegatos, pese a lo ordenado en auto del 28 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ**, actuando en representación de su hija **SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ**, debidamente sustentada como aparece en la carpeta 1, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos: **DECLARACIONES:**

1. **DECLARAR** que, la fecha de estructuración de la invalidez de la señora **SANDRA MILENA LOPEZ VARGAS**, lo fue el 2 de mayo de 2011, con fundamento en el concepto médico de la EPS CAFAM.

2. DECLARAR que **SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS**, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su padre el señor **MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ**, debido a su condición de hija dependiente económicamente por razón de la invalidez.

CONDENAS:

1. CONDENAR a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, alegando la condición de hija económicamente dependiente por razón de la invalidez del señor MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ, quien falleció el 30 de diciembre de 2014.
2. CONDENAR a la entidad demandada, a pagar el retroactivo pensional debidamente indexado.
3. Costas procesales.

ACTUACIONES PROCESALES

Mediante auto de fecha 17 de julio de 2019, el Juzgado de origen admitió la demanda y ordenó la notificación y traslado a **COLPENSIONES** y **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ**. Así mismo ordenó la vinculación de la señora **ELSA PICO PINZÓN**, en calidad de tercera ad-excludendum

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que para la fecha en que falleció el pensionado, la demandante no contaba con un estado de invalidez, ya que fue estructurado con posterioridad a la fecha del deceso del asegurado. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, entre otras (folio 1-8 del cuaderno 7).

Mientras la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, adujo que se atiende a lo que se declare probado dentro del proceso; sin embargo, preciso que la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante cuenta con plena validez, legalidad y legitimidad al encontrarse plenamente ajustada a los criterios técnicos-legales del Manual Único de calificación de Invalidez. Propuso las excepciones de legalidad de la calificación, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, la calificación de la fecha de estructuración de la invalidez debe fundamentarse en criterios médicos, técnicos y científicos, entre otras.

Mediante proveído del 8 de junio de 2021, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por las entidades accionadas, en tanto tuvo por no

contestado el libelo inicial por parte de la señora ELSA PICO PINZON, pese a que se notificó de la acción, a través de su apoderado (carpeta 16).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, profirió sentencia el 06 de mayo de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR que la administradora COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, debe reconocer y pagar la pensión de sobreviviente en un 50% a **SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS**, identificada con la cédula n° 1.013.630.666, quien es interdicta, y se encuentra representada por su progenitora señora MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ, identificada con cédula 23.924.621, teniendo como fecha de estructuración definitiva el día 2 de mayo de 2011, en cuantía inicial de \$490.464 mensuales, junto con las mesadas adicionales, e incrementos año a año, a partir del 30 de diciembre de 2014,, por lo motivado.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, dividir la pensión que disfruta actualmente la señora demandada ELSA RICO PINZON, con cédula 37.705.620, en calidad de cónyuge supérstite del causante MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ, en un 50% para esta última ELSA RICO PINZON y un 50% para **SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS**, quien es interdicta y se encuentra representada por su progenitora la señora MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ, a partir del 30 de diciembre de 2014, esto es, desde la fecha del deceso del pensionado teniendo en cuenta que en caso de que alguna de las dos personas con derecho tanto en su calidad de cónyuge e hija invalida supérstite dejare de existir o se extinga las causas que le dan origen al derecho aquí reconocido en la presente sentencia, el 50% restante se incrementara a la beneficiaria supérstite para alcanzar el 100% de la mesada pensional original que devengo el causante en vida por lo motivado.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, a reconocer y pagar a **SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS**, quien es interdicta y se encuentra representada por su progenitora la señora MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ, ya identificada la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su progenitor señor MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ , en un 50% a partir de la fecha del fallecimiento, esto es, a partir del 30 de diciembre de 2014, en cuantía inicial de \$490.464, junto con las mesadas adicionales e incrementos año a año, por lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, al pago por concepto del retroactivo a favor de **SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS**, quien es interdicta y se encuentra representada por su progenitora señora MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ, en calidad de curadora que a la fecha asciende a la suma de \$60.561.131, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, por lo motivado.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a cargo de la demandada, COLPENSIONES, por valor de \$1.500.000 y a favor de la aqui demandante.

SEPTIMO: ABSOLVER a las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ y a la señora ELSA RICO PINZON, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, por lo motivado.

OCTAVO: De no ser apelada la presente decisión y por ser adversas a la entidad pensional, envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACION

La parte demandante presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, indicando: “solicitando a los honorables magistrados revocar la sentencia proferida en primera instancia, pues esto en razón a que mi representada, pues ha actuado de buena fe, tanto así que pues en primera medida reconoció a través de la resolución GNR132766 del 07de mayo de 2015, pues el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Pico Pinzón Elsa, pues lo cual en ese momentos fue la persona que se acercó a la entidad a realizar la reclamación y pues en ese entendido, en ese pues para ese preciso momento pues no parecía existir más beneficiarios o más o más interesados frente a la pensión de sobrevivientes pues con ocasión del fallecimiento del señor Miguel López Martínez. Ahora bien, pues solicitó al honorable Tribunal de igual manera pues tener en cuenta que lo anteriormente dicho, que mi representada en todo momento ha actuado de buena fe y ha actuado pues conforme a derecho y ha reconocido pues la prestación conforme a las solicitudes elevadas a la entidad en el momento inicial, pues del fallecimiento del señor Miguel. Ahora bien, frente al fallo proferido en primera instancia, reconocer la pensión de sobrevivientes en el 50% a la señora Sandra Milena López, pues ahí se debe tener en cuenta pues la fecha efectiva de estructuración de la invalidez pues la cual según el material probatorio y pues todo lo allegado se tiene que fue el 27 de noviembre de 2015, fecha que también pues en su momento tuvo en cuenta mi representada al momento de realizar el estudio, razón por la cual pues solicito al Honorable Tribunal pues tener en cuenta esta como fecha de estructuración. Frente al pago del retroactivo pensional, pues aunado a lo anterior pues solicitó al honorable Tribunal pues revocar también la condena al retroactivo pensional. Frente a las costas procesales, pues Colpensiones no tiene rubro destinado a condena de costas y agencias en derecho por lo cual este dinero sale de los valores que financia el sistema de pensiones en el Régimen de Prima Media lo que genera un detrimento al patrimonio de las pensiones de sus demandantes. En este sentido, le pido al Tribunal examine pues la pertinencia del pago de dichas costas. En esto dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando nuevamente al Honorable

Tribunal pues revisar todas las pruebas y pues tener en cuenta lo anteriormente expuesto y revocar la sentencia proferida en primera instancia, muchas gracias."

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ. 2. En caso afirmativo se habrá de resolver lo relacionado con la excepción de prescripción.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021, en cuanto expuso: "*La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.*" Y que, por regla general, "*la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.*"

En este asunto no se encuentra en controversia que, al señor MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ, a quien el ISS le reconoció una pensión de vejez, a partir del 22 de agosto de 1994, en cuantía de \$134.000, falleció el 30 de diciembre de 2014 (expediente administrativo), por lo que, la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece:

(i) Hijos menores de 18 años de edad; (ii) Hijo mayor de 18 años y hasta los 25 años de edad, pero dependiente económicamente del causante debido a que se encuentran estudiando e, (iii) Hijo invalido que dependa económicamente del causante, mientras subsista el estado de invalidez.

Ahora, para la causación del derecho pensional en mención a favor del hijo invalido, se requiere acreditar prueba del parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor.

En lo que respecta al parentesco, se requiere medio idóneo que pruebe el vínculo consanguíneo o civil, o la prueba libre para los hijos de crianza (CSJ SL1939-

2020). En tanto para determinar la invalidez del descendiente se debe acudir al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que contempló: “*para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*” Y finalmente una dependencia económica, que se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y representativos, en caso de tratarse de un mayor de edad.

Conviene precisar que las condiciones enunciadas, deben estar reunidas al momento del deceso del causante, de suerte que no pueden ser sobrevinientes a la causación del derecho pensional, dado que no ostentaría la calidad de beneficiario de la prestación. En ese sentido, la sentencia SL3412-2021, ha expuesto: “*A título de recapitulación: a la luz del precepto estudiado los dos requisitos- dependencia económica y estado de invalidez- son hechos inescindibles que realizan o generan el derecho, en el tiempo en que el causante fallece, no basta que se cumpla tan solo uno de ellos, ni que se verifiquen con posterioridad al deceso*”

En este orden de ideas, encontramos del registro civil que obra a folio 25 del plenario, que el pensionado fallecido MIGUEL LÓPEZ MARTÍNEZ, figura como padre de la demandante, quien nació el 05 de marzo de 1992, luego está debidamente demostrado ese lazo de consanguinidad.

Frente al estado de invalidez, cabe mencionar en primer lugar que, nuestro ordenamiento jurídico, ha determinado dos sistemas de valoración probatorio, el primero: la tarifa legal, que supone que un supuesto de hecho únicamente puede ser demostrado a través de cierto medio probatorio -las denominadas pruebas ad substantiam actus- y un segundo denominado el sistema de sana crítica, que le otorga al operador judicial la facultad de apreciar libremente, dentro de estándares de razonabilidad, los medios de pruebas aportados al proceso y de formar su propio convencimiento.

En tratándose de la calificación de la invalidez, para efectos de la obtención de una prestación como la peticionada por la demandante, conviene precisar que la jurisprudencia ha señalado que el dictamen de calificación de invalidez, pese a su valor probatorio prima facie, no constituye una prueba solemne para acreditar la pérdida de capacidad laboral. Al respecto, cabe traer a colación las sentencias SL3992-2019, y SL509-2022, que indicaron:

“En ese contexto, resulta jurídicamente viable constatar la pérdida de capacidad laboral por otros medios probatorios distintos del

dictamen de calificación de invalidez, en el evento en que estos resulten suficientemente convincentes para el juez de instancia, como quiera que el dictamen no constituye un concepto definitivo e inmutable que no admite prueba en contrario.

La libertad probatoria con respecto a la invalidez resulta de especial importancia, teniendo en cuenta las limitaciones inherentes del dictamen de calificación de invalidez frente a circunstancias particulares, tales como la presencia de enfermedades progresivas o degenerativas, de manera que la fecha de pérdida de capacidad laboral fijada por el dictamen no corresponde siempre a la realidad de la situación de la persona. [...]

En suma, conviene no perder de vista que los dictámenes de calificación de invalidez no constituyen la única ni última prueba de la pérdida de capacidad laboral de una persona, si se tiene en cuenta que el juez, en virtud del sistema de sana crítica, cuenta con la potestad de valorar las pruebas libremente, generar su propio convencimiento y reconstruir la realidad del proceso, de suerte que esta puede acreditarse por cualquier medio probatorio.”

Así las cosas, tenemos que en el asunto de marras, se aportó la calificación efectuada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN, en la que se estableció que la patología padecida por señora SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS, denominada “RETRASO MENTAL LEVE: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO DEL GRADO NO ESPECIFICADO” le generaba una pérdida de la capacidad laboral del 52.90%, con fecha de estructuración 27 de noviembre de 2015, es decir, con posterioridad al deceso del pensionado, por lo que en principio le asistiría razón a la entidad convocada a juicio, referente a que para la fecha del fallecimiento del progenitor, la actora no contaba con una invalidez (folio 126 cuaderno1)

No obstante, esta Sala de decisión pudo determinar por intermedio del portal de la biblioteca virtual Central Pero Zulen -NUEROCIENCIA Y PSIQUIATRIA-, que el retraso mental: “abarcá un amplio grupo de pacientes cuyas limitaciones en la personalidad se deben, esencialmente, a que su capacidad intelectual no se desarrolla lo suficiente para hacer frente a las necesidades del ambiente y poder, así, establecer una existencia social independiente. Fundamentalmente es un compromiso con el desarrollo del cerebro, de una enfermedad o de una lesión cerebral que se produce durante o inmediatamente después del nacimiento, o es la consecuencia de un déficit en la maduración debido a que los estímulos ambientales provenientes de fuentes familiares, sociales o culturales han sido insuficientes para estimularla. Se muestra como una incapacidad o limitación, tanto psíquica como social, y generalmente es descubierta en la infancia.”

Luego entonces atendiendo lo anterior, se pudo constatar que la patología en mención se produce durante o inmediatamente después del nacimiento de la persona., aunado a que en el portal de la organización Healthy children, se indicó

que es una patología que no tiene cura: “*sin embargo, la mayoría de los niños pueden aprender a hacer muchas cosas. La diferencia es que les llevará más tiempo y esfuerzo*”

En el caso bajo examen, se comprueba de la historia clínica que, la demandante inicio marcha a los 20 meses, lenguaje a los 3 años, control de esfinteres a los 4 años y lenguaje fluido a los 7 años, edad en la que también empezó la etapa escolar. “*En cuanto a la realización de tareas escolares “toca ayudarle”. Relación con pares: “la profesora dice que ella no actúa con los compañeros nada, se hace en un rinconcito, no juega, no habla con ellos.”*

Adicionalmente en la consulta de fecha 26 de noviembre de 2009, el médico tratante dejó plasmado en la epicrisis, lo siguiente: “*Adolescente obesa, con desaliño en su presentación, impresiona en su apariencia física de mayor edad a la cronológica, alerta. Orientada en persona, tiempo, orientada parcialmente en espacio, disprosexica, pensamiento: bradipsiquia, concretismo, refiere que tiene dificultades para comprensión durante actividad escolar, afecto hipotímico, tinte depresivo, lenguaje: latencia prolongada para respuestas, habla en voz baja, hipobulica, bradiquinetica, inteligencia impresiona subpromedio, juicio: insuficiente, introspección: deficiente, prospección: nula.*”

Así mismo se evidencia que el 2 de mayo de 2011, CAFAM por intermedio del especialista en PSIQUIATRIA, registró: “*se hace impresión diagnóstica de Retraso Mental no especificado, con deterioro del comportamiento significativo que requiere atención o tratamiento*” (folio 91)

A lo que se agrega que el 3 de noviembre de 2011 la señora MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ, en calidad de madre de SANDRA MILENA LÓPEZ VARGAS, radicó demanda ante los juzgados de familia, para que se declarará la interdicción por discapacidad mental absoluta de su primogénita y fuera designara como su guardadora legítima, procedimiento que realizaba para que el padre de la joven continuara aportando en su gastos.

El Juzgado 15 de Familia, para la resolución de la controversia decreto un dictamen para la interdicción, el cual fue realizado el día 2 de diciembre de 2013, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses-Grupo de psiquiatría y psicología forense, que concluyó:

“-La examinada SANDRA MILENA LOPEZ VARGAS presenta un diagnóstico psiquiátrico de RETARDO MENTAL LEVE.

-La etología del RETARDO MENTAL LEVE que se dice padece la examinada, es de origen CONGENITO.

-El RETARDO MENTAL LEVE es de curso crónico, ES IRREVERSIBLE y tiene pobre pronóstico.

-La examinada SANDRA MILENA LOPEZ VARGAS presenta una discapacidad mental absoluta que la incapacita para manejar sus bienes y disponer de ellos.

-Como tratamiento conveniente, se recomienda que la examinada continué asistiendo a programas académicos y luego acceder a programas vocacionales para adultos con discapacidad mental.”

El anterior dictamen conllevo a que el Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión, en sentencia del 28 de febrero de 2014 -antes del deceso del pensionado-, declarará la interdicción de SANDRA MILENA LOPEZ, nombrando como guardadora principal de la interdicta a MARIA FLORANGELA VARGAS CRUZ -madre-. (folio 98 cuaderno 1)

Finalmente, de la atención médica que recibió la accionante, el día el 11 de noviembre de 2015, el especialista preciso: “*PACIENTE CON ALTERACIONES CONDUCTUALES SECUNDARIAS A DÉFICIT COGNITIVO, SE REINICIA HALOPERIDOL GOTAS 10 GTA CADA 12 HORAS, DAR A 5 A 10 GTS EXTRA EN CASO DE AGRESIVIDAD (...) EVIDENTE DEFICIT COGNITIVO, NO TIENE CAPACIDAD PARA AUTO DETERMINARSE, REQUIERE ACOMPAÑAMIENTO FAMILIAR PERMANENTE.*” (folio 52 cuaderno 1).

Con fundamento en las razones expuestas en líneas precedentes, para la Sala no existe duda, que pese a que a la demandante se le determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 27 de noviembre de 2015, ésta sufría de un retraso mental con anterioridad a la data señalada por JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION, además que se hallaba bajo la dependencia económica de su padre tiempo antes de que este falleciera, como consecuencia del trastorno mental que aún padece y que le ha imposibilitado llevar a cabo un proyecto de vida con el pleno de sus potencialidades, pues así se logró establecer del historial clínico y demás pruebas reseñadas.

Por lo tanto, dado que la patología que padece la señora LÓPEZ VARGAS, se trata de aquellas denominadas congénitas y crónicas, en las cuales la fecha de estructuración no siempre coincide con el momento en que la persona pierde la aptitud para trabajar o para continuar laborando, se acudió a otros elementos de juicio, tales como la historia clínica y el dictamen médico rendido en el año 2009 y 2013, por CAFAM y el Instituto de Medicina Legal, respectivamente, para establecer la fecha o estado de perdida de la capacidad laboral, más si se tiene que en la sentencia T-213 de 2019, la Corte Constitucional, indicó: “*ha expresado que el no reconocimiento de la prestación pensional por falta de dicho de dictamen o por inconsistencias sobre la fecha de estructuración de la situación incapacitante de la persona “sin tener en cuenta la totalidad del acervo probatorio, tratándose*

de una persona que presenta una discapacidad mental severa, constituye una exigencia desproporcionada que configura una vulneración de los derechos fundamentales del accionante y un desconocimiento de la obligación de prestar especial protección a la misma, teniendo en cuenta su condición síquica.”

Así, el material probatorio recaudado permite evidenciar tal como ya se precisó que para la fecha en que falleció el señor MIGUEL LÓPEZ MARTINEZ, la demandante padecía de una enfermedad mental, que la incapacitada para trabajar y le generaba una dependencia económica frente a su padre, por lo que resulta beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, desde la fecha en que el asegurado falleció, lo que ocurrió el 30 de diciembre de 2014, en cuantía del 50% de la mesada inicial, ya que el porcentaje restante había sido otorgado a la señora ELSA PICO PINZÓN, esposa del causante -Resolución N.º 132766 de 2015-.

En este orden de ideas, realizadas las respectivas operaciones aritméticas se logró determinar que el retroactivo pensional causado desde el 30 de diciembre de 2014 hasta el 30 de abril de 2022 -fecha esta última señalada por el Juez- asciende a la suma de \$60.579.753,81, precisando que la mesada pensional para el 2014, lo fue de \$980.928 tal como se advierte de la Resolución SUB 251877 del 10 de noviembre de 2017 (expediente administrativo), aunado a que la prestación fue determinada aplicando un porcentaje del 50% y un total de 14 mesadas, empero este valor resultó superior al establecido por el Juzgado de conocimiento -\$60.561.131-, por lo que no hay lugar a modificar la providencia, como quiera que ello haría más gravosa la situación del único apelante.

AÑO	MESADA	50%	Nº MESADAS	TOTAL
2014	\$980.928,00	\$490.464,00	0,038	\$18.637,63
2015	\$1.016.830,00	\$508.415,00	14	\$7.117.810,00
2016	\$1.085.669,00	\$542.834,50	14	\$7.599.683,00
2017	\$1.148.095,00	\$574.047,50	14	\$8.036.665,00
2018	\$1.195.052,09	\$597.526,04	14	\$8.365.364,60
2019	\$1.233.054,74	\$616.527,37	14	\$8.631.383,19
2020	\$1.279.910,82	\$639.955,41	14	\$8.959.375,75
2021	\$1.300.517,39	\$650.258,69	14	\$9.103.621,70
2022	\$1.373.606,46	\$686.803,23	4	\$2.747.212,93
				\$60.579.753,81

Adicionalmente cabe advertir que el medio exceptivo de la prescripción no afectó ninguna mesada, ya que el derecho se causó el 30 de diciembre de 2014, la reclamación se efectuó el 1 de junio de 2017, requerimiento que fue atendido por Resolución SUB 120705 del 7 de julio de 2017, notificada el 11 de julio de 2017, mientras que la acción ordinaria fue radicada el 25 de junio de 2019 y comunicada a COLPENSIONES el 17 de septiembre de 2019, por lo que atendiendo lo

normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S., NO transcurrió más de tres años entre una y otra actuación (carpeta 2, 6).

En consecuencia, los argumentos esbozados resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, la entidad en caso de aceptar la tesis expuesta en el recurso de alzada no demostró las conductas que conllevaran a su exoneración.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia,

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, el día 06 de mayo de 2022, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502520190045001](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 026-2021-00317-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **NELLY AZUCENA FIQUITIVA GUERRERO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PORVENIR S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A./ CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentados por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de abril de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **NELLY AZUCENA FIQUITIVA GUERRERO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. DECLARAR la NULIDAD de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, el 14 de junio de 1995, por intermedio de la AFP COLPATRIA actualmente PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con todos los frutos, intereses y rendimientos causados.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada, sin solución de continuidad.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS, fue completamente valido, como quiera que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Propuso

las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe . (carpeta 09).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que la asegurada no puede retornar al régimen que administra, por estar esta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 aunado a que realizó ese cambio atendiendo el derecho a la libre escogencia de régimen, Propuso entre otras las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales y cobro de lo no debido.

El Juzgado de conocimiento por auto del 04 de octubre de 2022, admitió los escritos de defensa presentados por **COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.** (carpeta 15).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 20 de abril de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante **NELLYAZUCENA FIQUITIVA GUERRERO**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones **PORVENIR**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

”

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, señalando: “*sea lo primero indicar que PORVENIR, cumplió con el deber de información para el momento en el cual se materializó el traslado al régimen pensional, ya que la accionante contó con un acompañamiento pensional, a través de los promotores de mi representada y otros canales de atenciones a los afiliados, mostrándole así características propias del Régimen de Ahorro Individual, características aquí mencionadas por la accionante en la presente diligencia, en especial en el interrogatorio de parte. Ahora bien, si para el presente caso, y en gracia de discusión en la Sala en segunda instancia, es clara esa ineficacia de traslado de régimen pensional, se solicita muy respetuosamente no se condene, por lo tanto se revoque esa condena de primera instancia en cuanto al traslado de gastos de administración y pago de lo descontado de las sumas o primas previsionales, ya que considera esta defensa, que los traslados de dichos rubros no es viable como quiera que estas sumas no estaban llamadas a financiar la pensión, pues tiene una destinación específica, que por mandato legal ha sido cumplida por mi representada, primero al manejo de sus aportes reconociéndole así a la accionante unos rendimientos en su cuenta de ahorro individual y así mismo el amparo y protección de la demandante, respecto de las prestaciones económicas de invalidez y muerte. Así mismo para esta defensa, no es dable el traslado de las sumas alegadas antes, estos los gastos de administración y primas de los seguros previsionales, como*

quiera que en primera instancia, ya se esta condenando al traslado de rendimientos, rendimientos propios del régimen de Ahorro Individual, luego el traslado de dichos rendimientos desborda todos los efectos jurídicos de una declaratoria de ineeficacia de traslado de régimen pensional, pues si el efecto de esa institución jurídica, es la ineeficacia es la de retrotraer en el tiempo, dicha vinculación al RAIS no es menos dable concluir que se deban trasladar rendimientos propios de este régimen; no obstante por condena impuesta se trasladaran dichos rendimientos , rendimientos que considera esta defensa que, supera con creces los descuentos, efectuados por gastos de administración y prima de seguros previsionales. Por último señores magistrados, es importante mencionar que trasladar los rubros antes mencionados de manera indexada generaría una doble actualización de la cuenta de ahorro individual por cuanto el fin de los rendimientos es asegurar que con el paso del tiempo los aportes consignados por la accionante, no pierdan su valor en el transcurso del tiempo, máxime cuando hay posturas, como lo es el Tribunal Superior de Cali, igualmente el de Cundinamarca, en el cual corroboran esta postura, que la indexación haría es generar una doble actualización de una parte de la cuenta de ahorro individual de los afiliados.”

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineeficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por NELLY AZUCENA FIQUITIVA GUERRERO, el día 14 de junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA S.A., actualmente PORVENIR S.A., el 14 de junio de 1995 (fl 26 y 77 carpeta 9 el expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil

de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos

privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineeficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la

ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 14). **AFP PORVENIR S.A:** formulario de afiliación, certificación de vinculación a dicha compañía, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, respuestas dada a requerimientos efectuados por la accionante, historia válida para bono, historial de vinculaciones y comunicados de prensa (carpeta 9).

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 14 de junio de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia,

conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 14 de junio de 1995, la demandante tenía 473.14 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (historia laboral allegada por COLPENSIONES carpeta 14 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 20 de diciembre de 1964, archivo 14 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo ha hecho, había podido pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para la calenda en que expedida la historia laboral por parte de COLPENSIONES -27 de enero de 2021-, la demandante había cotizado 1789 semanas- folio 28 cuaderno 9); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensóniales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 14 de junio de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte

actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del

sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado

información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Ahora, se halla razón al A quo al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que así se dejó estipulado en la sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual se reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante

el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.”
(Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensiónales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo anterior, esta Sala de decisión **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a la entidad, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimiento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **NELLY AZUCENA FIQUITIVA GUERRERO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.**, el 14 de junio de 1995.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante **PORVENIR S.A.**, habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de abril de 2023, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, **PORVENIR S.A.** y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE

CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502620210031701](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 28-2021-00394-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CLARA ELY ORTIZ MURCIA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES/ COLFONDOS S.A**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION COLPENSIONES /Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte DEMANDANTE presento sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CLARA ELY ORTIZ MURCIA, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

“PRIMERA: DECLARAR LA ANULACIÓN POR INEFICACIA de la afiliación y del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A del deber profesional de información.

SEGUNDA: ORDENAR el TRASLADO y AFILIACION de la demandante a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES, al Régimen solidario de prima media con prestación definida establecido en la ley 100 de 1993, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.

TERCERA: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A; la devolución a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del código civil (Sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del código civil .

CUARTA: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A; en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del FONDO al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el Fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nomina de pensionados por éste, con el propósito de que el demandante no quede desprotegido de su derecho pensional.

QUINTA: CONDENAR a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTA: CONDENAR a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por la demanda según lo estipulado en el artículo 565 del C.G.P y por los Acuerdos expedidos por el consejo superior de la Judicatura.

SEPTIMA: Que se declare y se condene a todo lo ultra y extra petita que resulte probado a favor de la demandante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 07 de diciembre de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 29 de junio de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 20 de febrero de 2023:

"PRIMERO: DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora CLARA ELY YANET ORTIZ MURCIA al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 10 DE OCTUBRE DE 2000, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENÓ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora CLARA ELY YANET ORTIZ MURCIA identificada con C.C. 20.932.181 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENÓ a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTENSE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES apelo el fallo de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

1. De la validez del formulario de afiliación y del régimen e transición

Argumenta que, la afiliación de la demandante fue válida toda vez que, se verifico que la misma firmo de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación.

Sostiene que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por no obtener las semanas requeridas antes del 01 de abril de 1994; tampoco tenía para dicha calenda la edad suficiente requerida y al elevar la solicitud de regreso al régimen de prima media se encontraba a menos de 10 años para acceder a su derecho pensional siendo improcedente alegar después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas.

2. De la solicitud de condenar a la AFP Colfondos al pago de cálculo actuarial.

Indica que, en caso de confirmar el fallo de primera instancia y ante un evidente perjuicio en el régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, debido a una descapitalización del fondo al recibir un nuevo afiliado; solicita a título de sanción, condenar a la AFP a pagar a Colpensiones un cálculo por el proporcional equivalente al valor total de mesadas pensionales, liquidadas bajo los parámetros del régimen de prima media, teniendo en cuenta para ello la expectativa de vida del demandante y la de sus beneficiarios toda vez que, Colpensiones es un tercero afectado que no tuvo ninguna participación en el engaño u omisión de la información entregada por los asesores de la AFP COLFONDOS

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la ineeficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por

la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **CLARA ELY ORTIZ MURCIA** el día 10 de octubre de 2000 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A el 10 de octubre de 2000, efectiva a partir del 1 de diciembre de 2000. (folio 62 demanda archivo 01 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuación la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni

puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o trasladados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineffectuación del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineffectuación), posibilitando con la ineffectuación mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineffectuación del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP COLFONDOS S.A aporto: certificado de existencia y representación, documentos de identificación apoderado.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de octubre de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 10 de octubre del 2000, la demandante tenía 87 semanas (f. 46 demanda archivo 01 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 06 de mayo de 1968 (f. 66 demanda archivo 01 del expediente digital) y al seguir

cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (laboral de la demandante había cotizado 964,29 semanas, (f. 67 Archivo 01 demanda); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siguiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 10 de octubre de 2000, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que tampoco se logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano de cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineeficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

“(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en

las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Ahora bien, atendiendo la solicitud de COLPENSIONES frente al pago de un cálculo actuarial en cabeza de la AFP Colfondos S.A. con el fin de soslayar la descapitalización del sistema pensional, se indica que no está encaminada a prosperar puesto que, como se ha manifestado en extensa jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre sobre la materia que aquí nos ocupa, al ordenar la ineeficacia o nulidad del traslado lo que se busca es retrotraer los efectos de la afiliación a su estado original, como si el demandante nunca se hubiere trasladado al RAIS y por ende, las sumas que se reintegran a COLPENSIONES tienen la finalidad de prevenir, precisamente, esa descapitalización del sistema pensional, como a bien se ha manifestado en sentencia SL-2877 de 2020:

“(….) sea lo primero recordar que, en el sub lite, una vez el ad quem estableció que es procedente la declaratoria de ineeficacia de traslado de régimen pensional, avaló la decisión del a quo de devolver la «totalidad de los valores recibidos de los empleadores del demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin que dichas entidades pudieran descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima», toda vez que, estimó, ello era una consecuencia lógica de tal declaratoria, pues «las cosas debían volver a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido», de conformidad con lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil.

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineeficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello

según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineeficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineeficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia. (...)

Más adelante, la sentencia en cita indica:

(...) En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional. (...)

"(...) Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. (...)"

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP COLFONDOS SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP COLFONDOS SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimiento, pues al declararse la ineffectuación del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineffectuación de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en cuanto a la imposición de costas se revocará lo decidido por el a quo, ya que Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto, se revocarán las costas impuestas en su contra en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP COLFONDOS SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones se revocan.

TERCERO: Sin Costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



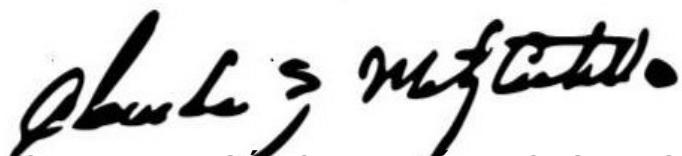
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310502820210039401](https://www.poderjudicial.gob.pe/expediente/11001310502820210039401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 029-2022-00074-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GLORIA ESPERANZA SANTOS TRISTANCHO**
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**
ASUNTO: **APELACIÓN y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada- COLPENSIONES- en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante presentó alegaciones, atendiendo lo ordenado en auto del 27 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA ESPERANZA SANTOS TRISTANCHO** instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, como aparece de folios 1 a 8 del archivo 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de invalidez, desde el 31 de octubre de 2017, fecha de la ultima cotizaciones.

- 2. CONDENAR** a la pasiva al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 3. CONDENAR** a la entidad accionada a pagar la sumas adeudadas debidamente indexadas y frente a las cuales no procedan los intereses moratorios.
- 4. Costas procesales.**

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que la afiliada no cotizo las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (fls. 2-16 del archivo 5 del expediente digital). Así mismo propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer pensión de invalidez, improcedencia de la obligación de pagar intereses moratorios, prescripción, buena fe, compensación, pago, entre otras .

El Juzgado de origen mediante auto del 20 de septiembre de 2022, admitió el escrito de contestación presentado por COLPENSIONES (carpeta 11)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 17 de marzo de 2023 dispuso:

PRIMERO: CONDENAR a la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante GLORIA ESPERANZA SANCHEZ TRISTANCHO, la pensión de invalidez, a partir del 17 de noviembre de 2020, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, por 13 mensualidades al año, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante GLORIA ESPERANZA SANCHEZ TRISTANCHO, el retroactivo causado desde la fecha de reconocimiento de la pensión y, hasta que sea incluida en nómina de pensionados. Indexado al momento de su pago.

TERCERO: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a DESCONTAR del retroactivo adeudado los aportes destinados a salud.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción invocada por la parte demandada.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

SEXTO: Sin condena en costas.

SEPTIMO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas por la demandante.”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES inconforme con la decisión adoptada, presentó recurso de apelación, alegando: “en este caso tenemos que mediante dictamen DML 4010985, se estableció una perdida de la capacidad laboral de la demandante del 52.39%, estructurada el 17 de noviembre del 2020, teniendo ahora los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, en relación con el requisito de densidad de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común, la anterior disposición establece, que por regla general el afiliado debe acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de tal condición, o por excepción 25 semanas en el mismo periodo si del 75% de la densidad de semanas requeridas para acceder a la prestación de vejez. Ahora, en este caso no se acredita 50 semanas cotizadas entre el 17 de noviembre de 2017 y el 17 de noviembre de 2020, igualmente no acredita tan poco el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de emisión del dictamen de invalidez, esto es, entre el 15 de diciembre de 2017 y el 15 de diciembre de 2020, por esta razón Honorables magistrados les solicito de manera muy respetuosa modificar la decisión proferida, revocar la decisión proferida, en este caso absolver a la defendida COLPENSIONES.”

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si la señora GLORIA ESPERANZA SANTOS TRISTANCHO, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL A LA DEMANDANTE:

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Así las cosas, cabe advertir que en este asunto no existe controversia sobre la condición de invalidez de la señora GLORIA ESPERANZA SANTOS TRISTANCHO, quien fue calificada mediante dictamen No. DML-4010985 del 15 de diciembre de 2020, en el cual, COLPENSIONES, indicó que la pérdida de capacidad laboral era del 52.39%, de origen común, con fecha de estructuración de 17 de noviembre de 2020 (folio 20 del cuaderno 1 del expediente digital)

En ese orden de ideas, tenemos que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional en el caso concreto de la demandante, es lo dispuesto en los artículos 38, 39, y 40 de la ley 100 de 1993, modificados por la ley 860 de 2003, las que en resumen enseñan que tendrán derecho a la pensión de invalidez aquellos afiliados que “*hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*”, y además acrediten al menos cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Ahora, en el presente asunto el Juzgado de conocimiento, determinó que, la fecha que se debía valorar para contabilizar las 50 semanas, era aquella en que la demandante realizó la última cotización, mientras que COLPENSIONES, insiste en que debe adoptar la calenda en que fue estructurada la invalidez.

Luego entonces, entiende esta Sala de Decisión que la controversia radica en determinar si es posible variar la fecha en que fue estructurada la invalidez de la accionante, para lo cual resulta pertinente indicar que en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los asegurados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de la misma, la Sala de Casación Laboral ha definido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas o desvirtuadas por el juez laboral, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria, y así lo dejó enunciado en la sentencia SL 1069 de 2021:

“El dictamen de las juntas de calificación de la invalidez no es una prueba solemne, puesto que la pérdida de la capacidad laboral y su origen se puede demostrar por otros medios de prueba. Es de anotar, que el juez del trabajo cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, por lo que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Con base a lo anterior, y definida la facultad del juez laboral, pasa a definirse concretamente en el caso de la demandante, cuando ocurrió esa pérdida de la capacidad laboral, para lo cual debemos acudir al Decreto 1507 de 2014, que regula

la fecha de estructuración, de la siguiente manera:

“Es el momento en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos, cuya estructuración puede soportarse en la historia clínica, en los exámenes, y hasta en la historia natural de la enfermedad.”

Adicionalmente la Sala de Casación Laboral en la sentencia ya reseñada -SL1069 de 2021- ha establecido que, en casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la fecha de estructuración del estado de invalidez se puede modificar, en el sentido que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar la prestación mencionada, se puede acudir también a los siguientes criterios: **i)** la calenda de emisión del dictamen mediante el cual se califica el estado de invalidez; **ii)** la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o **iii)** la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Así las cosas, con base a la norma citada y el precedente jurisprudencial, junto con el material probatorio incorporado, se corrobora que, las patologías generadoras de la pérdida de la capacidad laboral, se denominan “*hipotiroidismos no especificado, fibromialgia, artrosis primaria generalizada, síndrome del túnel carpiano, degeneraciones del disco cervical, degeneraciones especificadas del disco intervertebral*”, invalidez que fue estructurada el 17 de noviembre de 2020 (folio 20 cuaderno 1)

Frente a este tipo de patología, la misma calificación emitida por COLPENSIONES, indica que las enfermedades de la accionante, son degenerativas, progresivas y crónicas.

VALOR FINAL DE LA SEGUNDA PARTE (TITULO SEGUNDO)			= TITULO II (Valor Final)
Restricciones rol laboral + Autosuficiencia económica + Edad 17.00	+ Otras Áreas Ocupacionales + 5.60		
7. CONCEPTO FINAL DEL DICTAMEN PERICIAL			
Perdida de capacidad laboral =	TÍTULO I (Valor Final Ponderada) 29.79	+ TÍTULO II (Valor Final) 22.60	= Valor Final 52.39
FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 17/11/2020 Sustentación fecha de estructuración : Fecha de estructuración 17 de noviembre de 2020, valoración documental por medicina aboral.			
ORIGEN: COMÚN FECHA DE ACCIDENTE :			
CLASIFICACIÓN CONDICIÓN DE SALUD - TIPO DE ENFERMEDAD REQUIERE DE TERCERAS PERSONAS PARA DECIDIR POR SI MISMO (DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA): NO REQUIERE DE DISPOSITIVOS DE APOYO(Para realizar sus actividades de la vida diaria): NO REQUIERE DE TERCERAS PERSONAS PARA REALIZAR SUS ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA: NO			
TIPO DE ENFERMEDAD: <input checked="" type="checkbox"/> Enfermedad degenerativa, progresiva y crónica? SI <input checked="" type="checkbox"/> Catastrófica, alto costo, ruinosa? NO <input checked="" type="checkbox"/> Enfermedad congénita o cercana al nacimiento? NO PCL/PCO: REVISABLE: SI			
8. GRUPO CALIFICADOR			
JAVIER VAZQUEZ BLANQUICETT Medico Laboral GESTAR RETHUS 73.156.918	 A Vd		

Así mismo el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 5261 de 1994, enunció que, las enfermedades crónica, degenerativa y progresiva son aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento.

Entre tanto, la Organización Mundial para la Salud-OMS también ha manifestado que, las enfermedades no transmisibles (ENT), conocidas como enfermedades crónicas, suelen ser de larga duración y son el resultado de una combinación de factores genéticos, fisiológicos, ambientales y de comportamiento,

En este orden de ideas concluye la sala, que dado que las enfermedades que padece la actora, son de aquella denominada crónicas y degenerativas, para el conteo de las semanas exigidas, se puede acudir a la calenda de emisión del dictamen o de la última cotización; sin embargo, pese al criterio expuesto, el mismo no encaja dentro del caso examinado, tal como pasa a definirse:

-No se desconoce que la enfermedad de la accionante es crónica, degenerativa y progresiva, empero no es posible, acudir a la última semanas de cotización, para realizar el conteo de semanas, que en el caso examinado lo fue en octubre de 2017, como quiera que para ese momento la demandante no contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, y de ello da cuenta la calificación realizada por COLPENSIONES, el 25 de enero de 2017, en la que se dictaminó que la señora GLORIA ESPERANZA SANTOS, tenía una perdida de la capacidad laboral del 25.66% con fecha de estructuración el 13 de enero de 2017, la que fue objeto de estudio por la Junta Regional de Boyacá, que mediante concepto emitido el 24 de junio de 2017, determinó que la PCL era de 43.99%, sin embargo la Junta Nacional., modificado ese porcentaje el 21 de diciembre de 2017, enunciando que la perdida de capacidad

laboral de la actora era de 39.98%, con fecha de estructuración el 21 de enero de 2016,

Ahora, dentro del plenario no se evidencia que la demandante en su momento haya recurrido u objetado la decisión adoptada por la Junta Nacional, máxime cuando no existe otro concepto técnico científico o documento alguno, que conlleve a esta Sala a variar el mismo. Por el contrario, se evidencia que, solo hasta el año 2020, cuando COLPENSIONES, califica nuevamente a la accionante, es que se determina que la patología ha ido avanzado -*dada su naturaleza*- generando una invalidez, pero a partir del mes de noviembre de 2020.

Lo anterior quiere decir, que para el año 2017, no existe material probatorio que permita concluir, que la patología padecida por la demandante, le generara una perdida de la capacidad laboral del 50%, es decir, no se allegó concepto o dictamen rendido por algún especialista o entidad competente, que permitiera verificar que en realidad, las patologías le generaban una PCL superior al 50% para el año 2017.

Por el contrario, los conceptos emitidos por los organismos autorizados por la ley, dan cuenta que para la anualidad mencionada -2017- y anteriores -2016- la enfermedad enunciada no generaba un estado de invalidez, que le impidiera laborar..

Luego entonces, de lo anterior se concluye que si bien la demandante padece de una patología crónica, degenerativa y progresiva, esta no le generaba para el año 2017 - *anualidad en que efectuó la última cotización*- o anteriores una pérdida en su capacidad laboral superior al 50%, en la medida que a la luz de lo establecido en Decreto 1507 de 2014, la misma está definida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo.

Y si bien la Sala de Casación Laboral, ha validado las cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, ello se ha dado como consecuencia de la capacidad laboral residual del afiliado –SL3275 de 2019-: “*aunque la discapacidad en estas enfermedades se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que ofrece el sistema, los que resultan plenamente válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados «en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual».*

Igualmente la Corte Constitucional en la sentencia T-177 de 2023, determinó los requisitos para aplicar la regla especial de contabilización de semanas cuando hay capacidad laboral residual, así: “*(i) que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad degenerativa, congénita o crónica; (ii) que luego de la fecha de estructuración, el afiliado haya conservado una capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente; y (iii) que no se evidencie un ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social.*

Los precedentes arriba enunciados, no encajan de en el caso examinado, ya que como se ha indicado para el 2017, aún la demandante no tenía una invalidez, y si bien tenía una pérdida de la capacidad laboral, no se demostró que la patología fue la que le impidió seguir laborando.

En consecuencia los argumentos expuestos resultan suficientes para revocar la decisión de primera instancia, y **ABSOLVER** a las entidad convocada a juicio de la pretensiones enunciadas en el libelo introductorio, ya que para el año 2017, anualidad en la que se efectuó la última cotización por parte de la demandante, no contaba con un estado de invalidez, y menos adoptarse como fecha de estructuración dicha anualidad, ya que a la luz de lo contemplado en el Decreto 917 de 1999, la enfermedad no le estaba generando una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

SIN COSTAS en las dos instancias.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de marzo de 2023, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES**, de las pretensiones planteadas en el escrito inicial, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente


LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ


CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502920220007401](#)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 30-2021-00565-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL**
DEMANDADO: **AFP PORVENIR SA/ PROTECCION SA/ COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION PORVENIR/ COLPENSIONES/ Y
CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A Y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 30º Laboral del Circuito de Bogotá el día 07 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, así como las demandadas PORVENIR SA y COLPENSIONES presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR S.A y PROTECCION S.A, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

“PRIMERA: Solicitud al Despacho DECLARAR la Ineficacia del Traslado de Régimen que realizó el día 10 de noviembre de 1998 la Demandante GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL, identificada con la CC N° 60.321.286 de Cúcuta, del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES a HORIZONTE – HOY PORVENIR S.A., por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente asesoría e ilustración por parte de esa entidad, por no haber suministrado a la afiliada una información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado, dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, mediante las Sentencias reconocidas con los radicados N° (s) 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de Febrero de 2019, SL 1452 del 3 de Abril de 2019, SL 1421 del 10 de Abril de 2019, SL 1688 del 8 de Mayo de 2019, la Sentencia SL 4360 del 9 de Octubre de 2019, las Sentencias STL 3196 y 3197 del 18 de Marzo de 2020, la SL 373 de 2021, y la SL 2952 de 2021.

SEGUNDA: Consecuencialmente, se DECLARE la ineficacia de los traslados entre administradoras del RAIS efectuados por la demandante GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL.

TERCERA: Así mismo, solicito se ORDENE a las codemandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de Régimen efectuado el 10 de noviembre de 1998, por la Demandante GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL.

CUARTA: Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual de la Demandante GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL, trasladando todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos.

QUINTA: Así mismo, solicito se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a la Demandante GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL.

SEXTA: De la misma manera, solicito se ordene a la demandada COLPENSIONES, una vez reciba los aportes de la demandante de parte de PORVENIR S.A., proceda a activar la afiliación, y corregir, y actualizar la historia laboral de la Señora GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL.

SEPTIMA: Igualmente, se DECLARE que para todos los efectos la única afiliación valida de la Señora GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL, fue la efectuada el 19 de junio de 1989 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

OCTAVA: Que se CONDENE en costas y gastos del proceso a las codemandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.

NOVENA: Las demás condenas extra y ultrapetita que se prueben a lo largo del proceso”.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 28 de febrero de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 21 de octubre de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 07 de marzo de 2023:

“PRIMERO: Declaró ineфicaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL, identificada con cédula de ciudadanía No.60.321.286, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a partir del 1º de enero de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declaró válidamente vinculado a la demandante señora GLORIA OMAIRA BAUTISTA ESPINEL al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condenó a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo costo de seguros previsionales y los valores descontados para el Fondo de garantía a la pensión mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1º de enero de 1999 al 30 de junio del 2005 y desde el 1º de septiembre del 2007 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración,

seguros previsionales y valores para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Condenó a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración incluyendo costo de seguros previsionales y los valores descontados para el Fondo de garantía a la pensión mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora, esto es, a partir del 1º de julio del 2005 al 31 de agosto del 2007, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: Ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Condenó en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) a cargo de cada una de las administradoras y a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Concedió el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES".

RECURSO DE APELACIÓN

Las demandadas (PORVENIR SA y COLPENSIONES) apelaron el fallo de primera instancia:

PORVENIR S.A:

- 1. INDEXACION:** Presentó recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia emitida en primera instancia en lo que respecta al numeral tercero de la sentencia, lo concerniente a la indexación de las sumas a retornar a

Colpensiones, toda vez que resulta contraria teniendo en cuenta las obligaciones que deben cumplir las AFP que está la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados por lo que es incompatible y excluyente por tanto ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario han generado rendimientos muy superiores. El tribunal superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de julio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral promovido por Felix Poveda, radicado 202111 y sentencia del 25 del año 2022 proferida por el tribunal superior de Cali en proceso ordinario laboral promovido por Nelson Ricardo Gonzales radicado 2022234, consideraron ambos que el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a Colpensiones compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haber presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar. En igual sentido en sentencia del Tribunal Superior de Cali sala laboral promovido por el señor Jhon Jairo Gaviria con radicado 05 2022 “respecto de la indexación la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haber representado en los emolumentos a retornar por la razón se revoca dicha condena a Colfondos y porvenir y en su lugar se condena a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto a sus rendimientos”. Ahora, ordenar que porvenir indexe cualquier suma de dinero es sin duda imponerle una doble sanción, por cuanto sin duda alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelanto porvenir a partir del acto jurídico informado que celebro esta demandante con plenos efectos jurídicos y el poder adquisitivo de los dineros de la afiliada representados en sus aportes pensionales.

COLPENSIONES:

- 1. INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicitó se modifique la decisión proferida en primera instancia con el fin de que se condene a la AFP porvenir a tratar a la afiliada conforme a las reglas del régimen de prima media si se confirma en segunda instancia que existió omisión en la información, por lo que es importante exponer el daño matriz generado a Colpensiones en los procesos de ineficacia de traslado, para ello se tiene que en Colombia existen miles de procesos ordinarios laborales tendientes a declarar la ineficacia del traslado realizado por los afiliados desde el régimen público administrado por el ISS

hoy Colpensiones al RAIS administrado en la actualidad por las AFP Porvenir, Colfondos, Protección, Skandia, viciando el consentimiento por falta de información o buen consejo, falta de exposición de las ventajas y desventajas de ambos regímenes etc. Lo cual está en la nómina de sentencia condenatoria donde Colpensiones se ve obligada a recibir y afiliar al demandante junto con los aportes que se encontraban en la cuenta individual y como consecuencia una vez cumplidos los requisitos del afiliado Colpensiones está obligado a asumir una prestación pensional. Entendida la problemática anteriormente expuesta esté apoderado bajo el estudio de un análisis de los casos de ineeficacia ha concluido que la sentencia condenatoria que condena a Colpensiones a recibir a los afiliados del RAIS imparte una justicia incompleta o parcialmente desacertada ya que reconoce el derecho del afiliado, retornar al régimen de prima media, pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de Colpensiones que se ve obligada a realizar la afiliación, actualizar la historia laboral y a reconocer la prestación pensional cuando se cumple con el requisito del afiliado. Es decir, Colpensiones viene siendo afectado por un hecho que no cometió, sin que exista una causa generadora que evidencie que Colpensiones fue la causante del traslado y la causante de la falta de información durante la afiliación al RAIS. Por lo que, es importante tener claro el concepto de Justicia que significa simplemente lo siguiente “la virtud de dar a cada uno su derecho” entendido lo anterior, corresponde estudiar el concepto de Justicia en el presente proceso de ineeficacia y cuestionar lo siguiente ¿es justo que se condene a Colpensiones a recibir la afiliación de la demandante si se prueba que existió omisión en la información y buen consejo por parte del fondo privado? Para esta representación no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante por cuanto Colpensiones no fue la causante del traslado al RAIS, ni incentivo a la demandante a que se desafiliara del Instituto de los seguros sociales, por lo que, al no haber un hecho generador, una prueba que indique o infiera que Colpensiones hizo incurrir en error a la actora, no puede ser posible la condena de recibir los aportes de una cuenta de ahorro individual por existir otras formas de restablecer el derecho a la demandante sin que se afecte a Colpensiones.

La regla general del RAIS se caracteriza por reconocer pensiones conforme del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Sin embargo, deben implementarse nuevas condenas que asuman la realidad de la omisión y como consecuencia de ello el fondo privado entonces debe afiliar conforme a la regla de régimen de prima media inclusive para el cálculo de

su pensión siendo esta la consecuencia del actuar al momento de afiliarla en el régimen privado, por lo tanto se sugiere que la condena pueda modificarse en la siguiente manera, si se demuestra durante el proceso de segunda instancia que existió omisión en la información en el presente caso se condena entonces a la AFP Porvenir por ser este quien originó el traslado, para que asuma como excepción a la norma por vía de mandato judicial, para que trate al afiliado conforme las reglas del régimen de prima media incluyendo el reconocimiento de su pensión. El presente fundamento tiene una función primordial extraordinaria de proteger efectivamente los dineros que se encuentran en la bolsa común de Colpensiones que corresponde a todos los afiliados al régimen de prima media; lo anterior se ha venido afectando seriamente como consecuencia de las miles de sentencias condenatorias derivados de los procesos de ineficacia que ordena el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual para luego generar el reconocimiento de una pensión de vejez que no estuvo sustentada por la cotización periódica afectando de esta manera el ciclo piramidal de las pensiones que otorga Colpensiones por nacer de una bolsa común. Por lo tanto, allí radica el verdadero daño financiero que se le ocasiona a Colpensiones como un tercero de buena fe en el trámite del traslado.

Ahora bien, la sentencia de primera instancia que decidió la ineficacia y condena al traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones junto con los gastos de administración, no suple el hueco financiero y el daño ocasionado a Colpensiones, por cuanto los valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima y del fondo de solidaridad pensional generalmente queda y no existe garantía para Colpensiones de recuperar esos valores que influyen considerablemente en el capital ahorrado. En el presente caso la demandante se encuentra afiliada en el RAIS desde su traslado en el año 1998 y las cotizaciones realizadas desde ese año hasta la actualidad dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido con sus requisitos afectando el ciclo piramidal que consiste en lo siguiente: las cotizaciones de las pensiones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir las pensiones a las personas que cumplieron con los requisitos para pensionarse. Lo anterior, ha sido visualizado en múltiples sentencias del tribunal especialmente por la magistrada Marleny Duarte al indicar en todas sus decisiones de segunda instancia en estos temas de ineficacia “Finalmente se considera que hay lugar adicional en el sentido de declarar que Colpensiones por tener por las vías judiciales pertinentes el

coste de los perjuicios que puede sufrir en el momento que debe asumir la obligación pensional del demandante montos no previstos originados en la omisión en la que incurrió él y los fondos de pensiones demandados". Lo anterior entonces confirma claramente que a Colpensiones se le está generando un perjuicio económico irremediable en cada una de estas sentencias condenatorias de que tratan las ineficacias del traslado. Sin embargo la decisión de autorizar a Colpensiones de reclamar por vía judicial dichos perjuicios siguen afectando los intereses financieros de Colpensiones porque estaría obligado a pagar los honorarios de profesionales del derecho para perseguir esos perjuicios generando desgaste del tiempo para Colpensiones, entonces con el fin de parar la afectación económica generada en cada una de estas sentencias es que urge la decisión de condenarse a los fondos privados siempre que se demuestre la omisión de la información para que asuma como consecuencia de su error la afiliación de la actora conforme a las reglas del régimen de prima media y se absuelva a Colpensiones de recibir el traslado como consecuencia de una orden judicial. Para terminar, en consecuencia, de todo lo expuesto, es importarte preguntarse moralmente lo siguiente ¿realmente se está haciendo justicia cuando al reconocer los derechos de la demandante se afectan los derechos de Colpensiones?

Conforme a ello solicitó se estudie la posibilidad de implementar esta nueva línea jurídica y probándose la omisión del fondo privado, se condene entonces a la AFP Porvenir por ser este quien origino el traslado por vez primera; a tratar a la demandante conforme a las reglas del régimen de prima media y se absuelva a Colpensiones de recibir la afiliación de esta en el régimen de prima media y así parar el perjuicio que se ha generado contra Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA efectuado por **GLORIA OMAIRA BAUTISTA** el día 10 de noviembre de 1998, al igual que los demás trasladados horizontales efectuados 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA y PROTECCION S.A, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA el 10 de noviembre de 1998, efectiva a partir del 1 de enero de 1999. Posteriormente, por cesión por fusión se trasladó a AFP HORIZONTE el 29 de septiembre de 2000, luego se trasladó a AFP ING el 31 de mayo de 2005, efectiva a partir del 1 de julio de 2005; y finalmente, por un nuevo traslado de AFP, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A el 11 de julio de 2007, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2007, (folio 91 contestación Porvenir Archivo 05 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuación la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede arguirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporto: Certificado de vinculaciones emitido por ASOFONDOS (SIAFP), Formulario de vinculación con Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A, Formulario de vinculación N°12310049, Historia laboral consolidada, Relación de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, Certificado de afiliado emitido por Porvenir S.A, Certificado de la historia laboral válido para bono pensional de la demandante, Certificado del Bono Pensional de la parte demandante, Respuesta N° 0100222108918500, Copia de la página de periódico El Tiempo “comunicado de prensa”, Copia del concepto de la SF Rad. N. °2019152169-003-000.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de noviembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 10 de noviembre de 1998, la demandante tenía 234.1 semanas (f. 95 contestación Porvenir Archivo 05 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 27 de marzo de 1967 f. 83 Archivo 02 demanda expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2022, fecha de expedición por parte de PORVENIR de la historia laboral de la demandante, había cotizado 1.282 semanas, (f. 95 contestación Porvenir Archivo 05 del expediente digital); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 10 de noviembre de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A y AFP PROTECCION S.A, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineffectivo, el cual no puede sanearse como la nulidad."

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria

de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de

pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA y PROTECCION S.A, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto**

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"**

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"**

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 07 de marzo de 2023 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



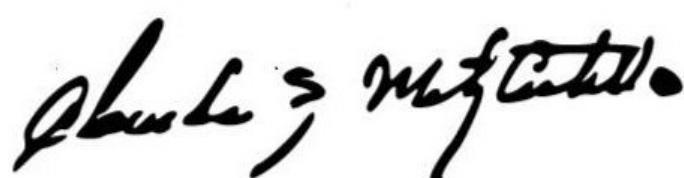
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503020210056501](https://www.sedapre.cl/expediente/11001310503020210056501)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 033-2020-00205-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **AMANDA FABIOLA LOTTA RAMIREZ**

DEMANDADO: **PORVENIR S.A. Y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**

ASUNTO: **APELACIÓN PORVENIR S.A. Y BBVA SEGUROS S.A**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandada -PORVENIR S.A. y BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., presentaron alegaciones, atendiendo lo ordenado en auto del 03 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **AMANDA FABIOLA LOTTA RAMIREZ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.**, como aparece de folios 1 a 11 del archivo 3 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

- 1. DECLARAR** que le asiste derecho a que **PORVENIR S.A.**, le reconozca y pague la pensión de invalidez, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 y 38 de la Ley 100 de 1993, a partir del 3 de agosto de 2009, fecha de estructuración de la invalidez.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 2. CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar la pensión de invalidez, desde el 3 de agosto de 2009, junto con las mesadas adicionales.
- 3. CONDENAR** a la pasiva al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 4. Costas procesales.**

CONTESTACIÓN DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis que la afiliada no cotizó las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (fls. 2-16 del archivo 11 del expediente digital). Así mismo propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

El Juzgado de origen mediante auto del 29 de noviembre de 2021, admitió el escrito de contestación presentado por **PORVENIR S.A.** (carpeta 12). De igual forma aceptó el llamamiento en garantía formulado por **PORVENIR S.A.**, en contra de **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, entidad que presentó oposición argumentando que la accionante no cumple con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley para acceder al beneficio pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, improcedencia de la condena a lo accesorio, prescripción, genérica, entre otras.

Mediante proveído del 7 de abril de 2022, el Juzgado tuvo por contestado el escrito inicial por parte de **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 33 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 10 de febrero de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que la señora **AMANDA FABIOLA LOTTA RAMÍREZ**, identificada con **C.C. 39.705.756**, es beneficiaria de una pensión de invalidez por padecer una enfermedad crónica y degenerativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 806 de 2003, Ley 100 de 1993 y sentencia SU-588 de 2016, a partir del 03 de agosto de 2009, con una tasa de reemplazo del 45% y en cuantía de UN (01) SMLMV, de conformidad con las consideraciones realizadas antes.

SEGUNDO: CONDENAR a **LA ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al reconocimiento y pago de la prestación señalada a **AMANDA FABIOLA LOTTA RAMÍREZ**, e igualmente, el pago del retroactivo pensional causado a partir del 15 de julio de 2017 y hasta la fecha en que sea ingresada a nómina de

pensionados. Cifra que, a la fecha de esta sentencia asciende a la suma de \$ 63.984.490.29 M/cte.

TERCERO: CONDENAR a la LA ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de intereses moratorios frente a la prestación reconocida a la demandante, a la tasa máxima de interés moratorios vigente en la que se efectúe el pago. Ello implica que la demandada deberá pagar los intereses causados desde el 15 de julio de 2017 y hasta la fecha en que se verifique el pago de las mesadas pensionales adeudadas a la demandante, atendiendo a lo expuesto en líneas anteriores.

CUARTO: CONDENAR a BBVA SEGUROS S.A., a pagar la condena emitida en esta instancia en contra de AFP Porvenir S.A., en lo faltante para completar la mesada pensional derivada del derecho a la pensión de invalidez de la demandante, incluido el retroactivo descrito en el numeral anterior, hasta el límite de la suma asegurada, desde el 15 de julio de 2017.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones alegadas por las demandadas en especial la de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, acorde a lo expuesto antes. DECLARAR parcialmente probada la EXCEPCION DE PRESCRIPCION, planteada por las demandadas, por las mesadas e intereses moratorios causados con anterioridad al 15 de julio de 2017.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR. S.A y BBVA SEGUROS S.A. se fijan como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV a cargo de cada demandada y en favor de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

PORVENIR S.A., inconforme con la decisión adoptada, presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que la asegurada no cumplió con los presupuestos contemplados en la Ley 860 de 2003, en la medida que si bien acreditó una pérdida de la capacidad laboral superior del 50%, lo cierto es que no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, además indicó que para el reconocimiento de la prestación, se debe tener en cuenta lo establecido o enunciado en los dictámenes de perdida de la capacidad laboral, sin que ninguno indique que la patología de la accionante fuese degenerativa o crónica. Así mismo señaló que el Juez emitió su decisión, sin apoyo de un criterio técnico-científico, a sabiendas de lo plasmado en los dictámenes de calificación.

Mientras que **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, insiste en que no configuraron los requisitos legales para la causación del beneficio pensional. Así mismo manifiesta, que se le está dando una valoración científica a unos documentos sin contar el peritaje pertinente que califique la enfermedad como congénita, para poder justificar el otorgamiento de la pensión.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Sí la señora AMANDA FABIOLA LOTTA RAMIREZ, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL A LA DEMANDANTE:

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Así las cosas, cabe advertir que en este asunto no existe controversia sobre la condición de invalidez de la señora **AMANDA FABIOLA LOTTA RAMIREZ**, quien fue calificada por la Junta Nacional el 24 de mayo de 2012, indicándose que la pérdida de capacidad laboral era del 51%, de origen común, con fecha de estructuración de 3 de agosto de 2009 (folio 98 del cuaderno 3 del expediente digital)

En ese orden de ideas, tenemos que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional en el caso concreto de la demandante, es lo dispuesto en los artículos 38, 39, y 40 de la ley 100 de 1993, modificados por la ley 860 de 2003, las que en resumen enseñan que tendrán derecho a la pensión de invalidez aquellos afiliados que *“hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*, y además acrediten al menos cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Ahora, en el presente asunto el Juzgado de conocimiento, determinó que, la fecha que se debía valorar para contabilizar las 50 semanas era aquella en que la demandante efectuó su última cotización, mientras que las entidades demandadas, insisten en que debe adoptarse la calenda en que fue estructurada la invalidez.

Luego entonces, entiende esta Sala de Decisión que la controversia radica en determinar si es posible variar la fecha en que fue estructurada la invalidez de la accionante, para lo cual resulta pertinente indicar que en tratándose de la valoración de la pérdida de la capacidad laboral de los asegurados al sistema de seguridad social y de la fecha de estructuración de la misma, la Sala de Casación Laboral ha definido que los dictámenes de las juntas de calificación, a pesar de su importancia, no representan conceptos definitivos e inmutables, sino pruebas del proceso que bien pueden ser revaluadas por el juez laboral, en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria, y así lo dejó enunciado en la sentencia SL 1069 de 2021:

“El dictamen de las juntas de calificación de la invalidez no es una prueba solemne, puesto que la pérdida de la capacidad laboral y su origen se puede demostrar por otros medios de prueba. Es de anotar, que el juez del trabajo cuenta con amplias potestades probatorias y de reconstrucción de la verdad real del proceso, por lo que puede darle credibilidad plena al dictamen o someterlo a un examen crítico integral hasta el punto de apartarse legítimamente de sus valoraciones y conclusiones.

Con base a lo anterior, y definida la facultad del juez laboral, pasa a definirse concretamente en el caso de la demandante, cuando ocurrió esa pérdida de la capacidad laboral, para lo cual debemos acudir al Decreto 917 de 1999 -*vigente para la calenda de calificación*-, que regula la fecha de estructuración, de la siguiente manera:

“Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación.”

Adicionalmente la Sala de Casación Laboral en la sentencia ya reseñada -SL1069 de 2021- ha establecido que, en casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la fecha de estructuración del estado de invalidez se puede modificar, en el sentido que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar la prestación mencionada, se puede acudir también a los siguientes criterios: *i)* la calenda de emisión del dictamen mediante el cual se califica el estado de invalidez; *ii)* la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o *iii)* la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Así las cosas, con base a la norma citada y el precedente jurisprudencial, junto con el material probatorio incorporado, se corrobora que, la patología generadora de la pérdida de la capacidad laboral, se denomina GONARTROSIS -NO ESPECIFICADA-, invalidez que fue estructurada por el ente competente, el 3 de agosto de 2009, (folio 98).

Frente a este tipo de patología, la Organización Mundial de la Salud, ha definido que la gonartrosis “*es una enfermedad articular crónica, degenerativa y progresiva resultante de eventos mecánicos y biológicos. Consiste en la pérdida del cartílago articular, la formación de osteofitos y la deformación de la articulación de tal forma que se altera la morfología y la función de la rodilla.*” Así mismo el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 5261 de 1994, enunció que, las enfermedades crónica, degenerativa y progresiva son aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento.

Así mismo, la Organización Mundial para la Salud-OMS también ha manifestado que, las enfermedades no transmisibles (ENT), conocidas como enfermedades crónicas, suelen ser de larga duración y son el resultado de una combinación de factores genéticos, fisiológicos, ambientales y de comportamiento,

En este orden de ideas concluye la sala, que dado que la enfermedad que padece la actora -GONARTROSIS- es de aquella denominada crónicas, para el conteo de las semanas exigidas, se puede acudir a la calenda de emisión del dictamen o de la última cotización; sin embargo, pese al criterio expuesto, el mismo no encaja dentro del caso examinado, tal como pasa a definirse:

-No se desconoce que la enfermedad de la accionante es crónica, degenerativa y progresiva, empero no es posible, acudir a la última semanas de cotización, para realizar el conteo de semanas, que en el caso examinado lo fue en febrero de 2004, como quiera que para ese momento la demandante no contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, y de ello da cuenta la calificación realizada por la Junta Regional de Bogotá, el 8 de octubre de 2004, señalando que la pérdida de la capacidad era de 27.55%, con fecha de estructuración el 23 de noviembre de 2004 (folio 43 demanda), decisión que fue recurrida, determinando la Junta Nacional que la misma era de 28.23% , configurada a partir de la calenda indicada por la regional.

Ahora, dentro del plenario no se evidencia que la demandante en su momento haya recurrido u objetado la decisión adoptada por la Junta Nacional, máxime cuando no existe otro concepto técnico científico o documento alguno, que conlleve a esta Sala a variar el mismo. Por el contrario, se evidencia que, solo hasta el año 2012, cuando la Junta Nacional, califica nuevamente a la accionante, es que se determina que la patología ha ido avanzado -*dada su naturaleza*- generando una invalidez, pero a partir del mes de agosto de 2009.

Lo anterior quiere decir, que para el año **2004**, no existe material probatorio que permita concluir, que la patología padecida por la demandante le generara una pérdida de la capacidad laboral del 50%, ya que el historial clínico incorporado al plenario tan solo da cuenta de una cirugía practicada en el año 2004 y 2009, sin que se reporte el seguimiento, para los años precedentes y siguientes.

Por el contrario, los conceptos emitidos por los organismos autorizados por la ley, dan cuenta que para la anualidad mencionada -2004- la enfermedad enunciada no generaba un estado de invalidez, que le impidiera laborar, más cuando en el escrito inicial, se indica que el retiro de la compañía donde trabajaba en el año 2004 y por ende la cesación en las cotizaciones, fue consecuencia de la disolución y liquidación de la empresa, sin que en ningún momento hubiese alegado impedimento alguno con ocasión a la enfermedad: “*El 6 de julio de 2004, la demandante, reportó ante la Administradora del Fondo de pensiones que la empresa para la cual laboraba (PUNTOTEX LTDA), entró en etapa de disolución y liquidación, momento a partir del cual para la demandante no fue posible volver a emplearse.*” (folio 2).

Luego entonces, de lo anterior se concluye que si bien la demandante padece de una patología crónica, degenerativa y progresiva, esta no le generaba para el año 2004 – *anualidad en que efectuó la última cotización*- una pérdida en su capacidad laboral superior al 50%, en la medida que a la luz de lo establecido en Decreto 917 de 1999, la misma está definida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo habitual.

Y si bien la Sala de Casación Laboral, ha validado las cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, ello se ha dado como consecuencia de la capacidad laboral residual del afiliado –SL3275 de 2019-: “*aunque la discapacidad en estas enfermedades se puede estructurar en determinada fecha, la persona puede mantener una capacidad residual de trabajo que le permite continuar activa laboralmente, con la respectiva obligación de realizar los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que ofrece el sistema, los que resultan plenamente válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de una pensión, pues de lo contrario, se desconocerían los aportes realizados «en ejercicio de una efectiva y probada, explotación de una capacidad laboral residual».*

Igualmente la Corte Constitucional en la sentencia T-177 de 2023, determinó los requisitos para aplicar la regla especial de contabilización de semanas cuando hay capacidad laboral residual, así: “*(i) que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad degenerativa, congénita o crónica; (ii) que luego de la fecha de estructuración, el afiliado haya conservado una*

capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente; y (iii) que no se evidencie un ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social.

Los precedentes arriba enunciados, no encajan de en el caso examinado, ya que como se ha indicado para el 2004, aun la demandante no tenía una invalidez, y si bien tenía una pérdida de la capacidad laboral, no se demostró que la patología fue la que le impidió seguir laborando, sino como se precisó ello obedeció a asunto de liquidación de la sociedad empleadora.

En consecuencia los argumentos expuestos resultan suficientes para revocar la decisión de primera instancia, y **ABSOLVER** a las entidad convocada a juicio de la pretensiones enunciadas en el libelo introductorio, ya que para el año 2004, anualidad en la que se efectuó la última cotización por parte de la demandante, no contaba con un estado de invalidez, y menos adoptarse como fecha de estructuración dicha anualidad, ya que a la luz de lo contemplado en el Decreto 917 de 1999, la enfermedad no le estaba generando una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

SIN COSTAS en las dos instancias.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el día 10 de febrero de 2023, para en su lugar **ABSOLVER** a **PORVENIR S.A.** y **BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.**, **de** las pretensiones planteadas en el escrito inicial, según se expuso.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en ambas instancias.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310503320200020501



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 33-2021-00213-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR**
DEMANDADO: **AFP PROTECCION SA/ COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION COLPENSIONES / Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 33º Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, así como la demandada COLPENSIONES presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCION SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

"PRIMERA: Se DECLARE la ineficacia de la afiliación de la demandante ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.784.585 de Guamal, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDA: Se DECLARE para todos los efectos legales que ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR, ya identificada, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto I.S.S. hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERA: Se DECLARE que la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de efectuar las acciones y/o cobros coactivos que considerara pertinente en contra del empleador que omitió hacer las cotizaciones para pensión a favor de mi poderdante en los períodos laborados comprendidos del 01/05/1999 al 30/06/2000 y, abril, mayo, junio de 2009; sin que esta mora afectara su Historia Laboral y en consecuencia vulnerara su derecho a la Seguridad Social.

CUARTA: Se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN S.A. a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, sin que le sea posible al fondo descontar ningún valor por mesadas, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir aquellas con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

QUINTA: Se CONDENE a la AFP demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a contabilizar para efectos de la pensión todas las semanas cotizadas por la señora ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR en la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

SEXTA: Se CONDENE a la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. a que actualice en forma correcta la Historia Laboral de mi poderdante incluyendo los tiempos laborados del 01/05/1999 al 30/06/2000 y, abril, mayo, junio de 2009; trasladando dichos aportes a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para efectos de que sean contabilizados para pensión.

SEPTIMA: Se CONDENE a las A.F.P. demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.

OCTAVA: Se CONDENE a las A.F.P. demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

En el caso de no prosperar las pretensiones principales, se invoca las siguientes como subsidiarias:

PRIMERA: Se DECLARE la nulidad de la afiliación y/o traslado de la señora ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.784.585 de Guamal, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

SENGUNDA: Se DECLARE para todos los efectos legales que ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR, ya identificada, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PROTECCIÓN S.A., por

lo tanto, siempre permaneció en el régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto I.S.S. hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERA: Se DECLARE que la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de efectuar las acciones y/o cobros coactivos que considerara pertinente en contra del empleador que omitió hacer las cotizaciones para pensión a favor de mi poderdante en los periodos laborados comprendidos del 01/05/1999 al 30/06/2000 y, abril, mayo, junio de 2009; sin que esta mora afectara su Historia Laboral y en consecuencia vulnerara su derecho a la Seguridad Social.

CUARTA: Se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN S.A. a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, sin que le sea posible a este fondo descontar ningún valor por mesadas, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir aquellas con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado.

QUINTA: Se CONDENE a la AFP demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a contabilizar para efectos de la pensión todas las semanas cotizadas por la señora ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR en la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

SEXTA: Se CONDENE a la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. a que actualice en forma correcta la Historia Laboral de mi poderdante incluyendo los tiempos laborados del 01/05/1999 al 30/06/2000 y, abril, mayo, junio de 2009; trasladando dichos aportes a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para efectos de que sean contabilizados para pensión.

SEPTIMA: Se CONDENE a las A.F.P. demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.

OCTAVA: Se CONDENE a las A.F.P. demandadas al pago de las costas y agencias en derecho”.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 29 de noviembre de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del 31 de agosto de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33º Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 06 de febrero de 2023:

"PRIMERO: DECLARÓ la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada por ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR, identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.784.585, con efectividad del 5 de marzo de 1999 a la AFP PROTECCIÓN S.A

SEGUNDO: DECLARÓ que ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gasto de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENÓ a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de ESTEFANY TRESPALACIOS LAMAR, al RPMPD.

QUINTO: ABSOLVIÓ A PROTECCIÓN S.A., de las demás pretensiones en su contra.

SEXTO: CONDENÓ A COLPENSIONES, a integrar en su totalidad la Historia Laboral de la demandante, procediendo a realizar las acciones de cobro y/o corrección de la historia laboral, incluyendo los períodos de mayo y noviembre de 1999, enero de 2000 y abril a junio de 2009, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONMINAR A COLPENSIONES a realizar todas las gestiones necesarias a efectos de recaudar los dineros que surjan como consecuencia de esta ineficacia.

OCTAVO: CONDENAR A PROTECCIÓN S.A., asumir los costos adicionales en que incurra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones como consecuencia de la debida integración de la historia laboral de los períodos mayo y noviembre de 1999, enero de 2000 y abril a junio de 2009.

NOVENO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (03) SMLMV a cargo de Protección S.A. y de Colpensiones, y en favor de la demandante".

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (COLPENSIONES SA) apeló el fallo de primera instancia:

COLPENSIONES:

1. INEFICACIA DEL TRASLADO: Sigue la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que la demandante reconoció que fue ella quien decidió retirarse de la asesoría que se encontraba brindando el asesor comercial de protección en su momento, bajo el argumento que se encontraba en su jornada laboral y que por ello tuvo que retirarse de dicha asesoría. En igual sentido la demandante al absolver interrogatorio de parte argullo haber suscrito de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, por lo que no puede endilgarse ninguna responsabilidad de falta de esta, simplemente por parte de la codemandada solamente porque la demandante se retiró cómo se dijo con anterioridad de la asesoría que se encontraba ofreciendo el asesor comercial de protección. En ese sentido, pues no deben desconocerse los requisitos de validez de todo acto jurídico únicamente porque la demandante actualmente sería beneficiada con una mayor mesada pensional en COLPENSIONES, pues el consentimiento que ella manifestó al momento de llevar a cabo el traslado de régimen pensional cuenta con plena validez y no se observan vicios o engaños que hubiesen permitido la declaratoria de ineficacia. En ese sentido y remitiéndonos a los requisitos legales y jurisprudenciales que regulan la materia tampoco es posible que la demandante se traslade de régimen pensional atendiendo lo dispuesto en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificada por la 797 de 2003, toda vez que, ya la demandante se encuentra inmersa dentro de la previsión que señala tal normativa.

De igual manera, lo señalado en la sentencia de unificación 62 de 2010 emanada de la Corte Constitucional en la que se dispone que los afiliados que no tengan 15 años de servicios cotizados pues no puede trasladarse en cualquier tiempo, situación que se ajusta totalmente a la de la demandante.

2. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: De igual manera sin gracia de discusión si el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá decidiera confirmar la sentencia de primera instancia, se solicita se adicione a la misma en el sentido de otorgar la posibilidad a Colpensiones de acudir a la vía judicial en contra de la codemandada protección en aras de obtener la indemnización por daños y perjuicios proveniente de tener que recibir como afiliada a la demandante y posteriormente como pensionado.

3. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: Finalmente, se solicita que se revise y se revoque la condena en costas toda vez que la presencia de Colpensiones en el presente proceso es de manera obligatoria y se le están imponiendo órdenes. Ahora bien, es claro que Colpensiones debe ejercer el

derecho de contradicción y defensa máxime cuando se trata de una entidad que administra recursos públicos.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineffectuación de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., efectuado por **ESTEFANY TRESPALACIOS** el día 05 de marzo de 1999, **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCION SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PROTECCION S.A el 05 de marzo de 1999 efectiva a partir del 1 de mayo de 1999. (f. 62 contestación Porvenir Archivo 10 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineffectuación de los trasladados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineffectuación la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o trasladados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PROTECCION SA aporto: solicitud de vinculación a protección, respuesta derecho de petición, historia laboral, SIAFP, certificado de información de historia laboral de la demandante, movimiento de cuenta de ahorro individual, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la SF, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 05 de marzo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 05 de marzo de 1999, la demandante tenía 35 semanas (f.) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 02 de diciembre de 1958 f.18 demanda archivo 03 expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas

(precisando que para el año 2021, fecha de expedición por parte de PROTECCION de la historia laboral de la demandante había cotizado 1.127,14 semanas, (f. 64 contestación demanda protección archivo 10 expediente digital); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP

PROTECCION S.A., el 05 de marzo de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION S.A, tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineffectivo, el cual no puede sanearse como la nulidad."

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue efectiva y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en

virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente

nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.** (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

En cuanto a la inconformidad con las costas de Colpensiones tiene razón el apelante, pues en estricto derecho Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto, se revocarán las costas impuestas en su contra en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de febrero de 2023 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



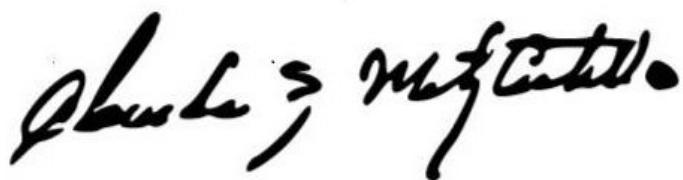
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503320210021301](https://www.sedecyt.gob.mx/expedientes/11001310503320210021301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 33-2021-00311-01

Bogotá D.C., diciembre doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE**
DEMANDADO: **AFP PORVENIR SA/ COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION COLPENSIONES / Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 33º Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas PORVENIR SA y COLPENSIONES presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

“PRIMERA: Declarar que la A.F.P PORVENIR, incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional.

SEGUNDA: En consecuencia, declarar ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada por la señora GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE, a la A.F.P PORVENIR, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

TERCERA: Declarar que la Señor(a) GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE, nunca se trasladó al sistema privado de pensiones, con lo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

CUARTA: Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante en pensión es ineficaz.

SEGUNDA: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a activar la afiliación en pensión de la señora GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE.

TERCERA: Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la 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.

CUARTA: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

QUINTA: Condenar a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita.

SEXTA: Condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 17 de enero de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto del

06 de septiembre de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en descongestión del Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2022:

"PRIMERO: DECLARÓ La ineficacia del traslado al RAIS, realizado por la demandante GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE el día 21 de enero de 2004 y con efectividad desde el 01 de marzo del mismo año, debido a la omisión en el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el RPMPD y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO: DECLARO no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones

CUARTO: COSTAS serán a cargo de PORVENIR S.A las agencias en derecho serán de (1) UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE."

QUINTO: Por la naturaleza jurídica de COLPENSIONES se dispone a consultar la presente decisión de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (COLPENSIONES SA) apeló el fallo de primera instancia:

COLPENSIONES:

- 1. INEFICACIA DEL TRASLADO:** Interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida en primera instancia toda vez que, al momento de la decisión, de declarar la ineficacia del traslado la misma se fundamentó en esa falta del deber de información que según tenía la AFP Porvenir al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para el año 2004 la realidad de ese momento y la normatividad aplicable para esa época-ley 100 de 1993, según la cual esa aceptación espontanea libre, expresa e informada de un afiliado para trasladarse de régimen se

manifestaba o materializaba a través de esa firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud.

2. **CARGA DE LA PRUEBA:** Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba, en el sentido de que recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al transponer lo señalado por la corte en la sentencia referida por la juzgadora a este tipo de decisiones, se encuentra que hasta el año 2006 los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar ese conocimiento y sentimiento del afiliado respecto de su traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2006 no exigía nada diferente a ese documento de afiliación donde constaba esa plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en esas leyes de la época constituye una situación de carácter imposible.

De igual forma se puede evidenciar una interpretación errónea del artículo 1.604 del Código Civil ya que la Corte Suprema dentro de esa jurisprudencia objeto de análisis invierte de manera irracional y no pondera la carga de la prueba suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos, se convierte en objetiva toda vez que no exija a la aquí demandante aportar soporte alguno que demuestre esa existencia de un vicio, fuerza, o dolo al momento de su afiliación y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en la AFP demandada sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. En este punto se detenta que, si bien es cierto la demandante en su interrogatorio y en los hechos de la demanda manifiesta no haber recibido la información necesaria para el traslado de régimen, claramente también se ve que se aportó ese formulario de afiliación debidamente suscrito y firmado por la demandante, donde indica que sí recibió esa asesoría previa y necesaria para ese traslado de régimen.

Es de reiterarse que para esa fecha del traslado año 2004 solo se exigía ese formulario de afiliación para acreditar que se brindó la información a la demandante, no sé exigía documento distinto como se pretende determinar al decir que no se aportó un documento que demuestre que la demandante recibió esa información y que ese formulario de afiliación no es suficiente para demostrar que suministro la misma, aquí entonces surge la siguiente pregunta: ¿cuál es ese documento para el año 2004 que era necesario para demostrar que sí se brindó esa información a la demandante y en qué norma está consignada? y es que se debe reiterar que no se exigía por la

normatividad vigente para el 2004 documento diferente a ese formulario de afiliación debidamente firmado para acreditar que la demandante recibió esa información necesaria para su traslado de régimen, por lo cual podría decirse que la AFP Porvenir cumplió con esa carga de la prueba al aportar dicho formulario en este asunto, entonces no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previsto en el ordenamiento jurídico vigente al momento de ese traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa ese principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consiste solamente en una posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer un recurso sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución ese ajuste a las normas persistentes a cada acto que se juzga.

Asimismo, el juzgamiento de la conducta de los fondos en base a normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que sin haber participado en ese trámite de traslado es quien debe afrontar una posible carga prestacional a favor de la demandante.

Con base a lo anterior, a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica entorno a que Colpensiones en este asunto es un tercero y es de recordar que los actos jurídicos deben tener solo efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de esa celebración, de esos actos jurídicos solo deben repercutir sobre las partes involucradas por lo cual debe tenerse en cuenta que Colpensiones no podía ser de ninguna manera favorecida pero mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP porvenir en su momento. Dicho todo lo anterior, se coloca en consideración que en este asunto la accionante permaneció en el RAIS por más de 18 años por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con esa decisión adoptada en cuanto a la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionada además por el artículo 1 acto legislativo 01 de 2005 donde se reitera que ese artículo 2 de la ley 797 del 2003 establece una prohibición y esa prohibición tiene una razón de ser y ese principal propósito que tuvo el legislador de establecer tal prohibición se sustancia en jurisprudencia de la honorable corte constitucional como la C-24 del 2004 y la C-062 de 2010 la cual indica que desde esta perspectiva dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral

de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona por interés particular que está próxima a la edad de pensionarse, y que estuvo realizando su aporte durante más de 20 años a otra entidad diferente como es en este asunto, se beneficie y resulte subsidiada de las cotizaciones de los demás afiliados al sistema, resulta contrario no solo a el concepto constitucional de equidad consagrado en el artículo 95 sino también ese principio de eficiencia pensional.

No obstante, la interposición del recurso de apelación procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineffectuación de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **GLADYS MARINA FURNIELES NEGRETE** el día 21 de enero de 2004, **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

EXISTENCIA DEL TRASLADO

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR el 21 de enero de 2004 efectiva a partir del 1 de marzo de 2004. (f. 30 contestación Porvenir archivo 07 del expediente digital).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineeficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineeficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuó con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la

ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar a portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineeficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineeficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineeficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineeficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineeficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineeficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporto: SIAFP, Resumen historial laboral OBP, bono pensional, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, respuesta con radicado 4107412030124400, formulario, comunicado de prensa, concepto SF.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de enero de 2004, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 21 de enero de 2004, la demandante tenía 759.8 semanas (f. 41 contestación Porvenir Archivo 07 del expediente digital) por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 25 de mayo de 1960 fl.15 demanda expediente digital) y al seguir cotizando, como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2022, fecha de expedición por parte de PORVENIR de la historia laboral de la demandante había cotizado 1.567 semanas, (f. 41 contestación demanda); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por la demandada, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede

equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 21 de enero de 2004, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A, tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media

en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

"(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene

explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los

seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ACLARAR** la sentencia proferida el 1 de octubre de 2022 por el Juzgado 01 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en descongestión del Juzgado 33º Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



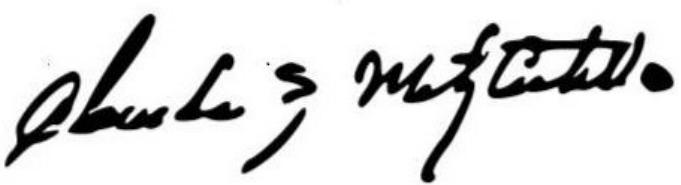
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503320210031101](https://www.sedecyt.gob.mx/expedientes/digital/11001310503320210031101)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 039-2021-00324-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **FRANCISCO EDGAR RICARDO CARRILLO CARRILLO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y demandada -COLPENSIONES-, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 10 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor **FRANCISCO EDGAR RICARDO CARRILLO CARRILLO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A.**, como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR la nulidad de la vinculación efectuada al Régimen de Ahorro Individual, por haber existido engaño y asalto a su buena fe.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a COLFONDOS S.A., a retornar a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta, como cotizaciones, bonos pensiónales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses y rendimientos.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a activarlo como afiliado en el régimen que administra y recibir todos los dineros provenientes del Régimen de Ahorro Individual.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLFONDOS S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión

de trasladarse, así como del funcionamiento del régimen, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica (carpeta 17).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho sufrir en error o exista nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral y caducidad (carpeta 7).

El Juzgado de conocimiento por auto del 13 de septiembre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **COLPENSIONES**, mientras que por proveído del 9 de marzo de 2023, tuvo por contestado el escrito inicial por parte de **COLFONDOS S.A.** (carpeta 20).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 30 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

*“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el demandante **FRANCISCO EDGAR RICARDO CARRILLO CARRILLO** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de **COLFONDOS S.A.** con efectividad a partir del 01 de abril de 1995, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el Régimen de Prima Media.*

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, de haber redimido, más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.

QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que podrá acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de perjuicios en contra de COLFONDOS S.A.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones trescientos veinte mil pesos (\$2.320.000), cuya liquidación deberá estar ajustada a lo establecido en la regla sexta del artículo 365.

SÉPTIMO: CONCÉDASE el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, señalando: “*De manera respetuosa y siguiendo los lineamientos que debo seguir para ejercer la defensa de Colpensiones, me permite presentar recurso de apelación, teniendo en cuenta que el demandante no cumplió con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales, así mismo no es secreto que ha existido algún tipo de engaño por parte de la AFP que abra paso a declarar la ineeficacia de traslado, teniendo en cuenta que las oportunidades legales, nunca se manifestó deseo alguno de trasladarse del RAIS por un término de 26 años, resultando así las consecuencias legales de tales decisiones, así las cosas solicito respetuosamente a la Honorable Sala del Tribunal Laboral, revoque la presente sentencia, de conformidad con lo expresado*”

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineeficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.**, efectuado por **FRANCISCO EDGAR RICARDO CARRILLO CARRILLO**, el día 02 de marzo de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., el 02 de marzo de 1995. (fl 128 carpeta 1 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil

de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineeficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineeficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retorna do al RPM por medio diferente a la ineeficacia), posibilitando con la ineeficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineeficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos

privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineeficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo (carpeta 09). **AFP COLFONDOS S.A.**: certificación de existencia y representación legal y documentos de identificación del abogado.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 02 de marzo de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia,

conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 2 de marzo de 1995, el demandante tenía 153.57 semanas efectuadas a COLPENSIONES (historia laboral visible carpeta 7 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 09 de julio de 1961, fl 97 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el 14 de julio de 2020, fecha del “extracto de pensión obligatoria” emitido por COLFONDOS S.A., que obra en el fls 98 del archivo 1 del expediente digital, el demandante había cotizado 1245 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensóniales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS, el 02 de marzo de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte consideró:

"(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales,

restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las

administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)"

"(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identifiable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Ahora, se halla razón al A quo al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.”

(Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo anterior, no erró el juez de primera instancia en condenar a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a la entidad, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio,

por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **FRANCISCO EDGAR CARRILLO CARRILLO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLFONDOS S.A.**, el 2 de marzo de 1995.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310503920210032401



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 041-2021-00110-01

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: RONALDO ARIAS VIDAL

DEMANDADO: COLPENSIONES

PORVENIR S.A.

PROTECCIÓN S.A.

ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y accionadas, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 10 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

El señor **RONALDO ARIAS VIDAL**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 02 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad, ante la omisión de **PORVENIR S.A.**, en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a vincularlo en el régimen que administra, sin solución de continuidad.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el acto jurídico que celebró con el demandante cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produjo todos los efectos jurídicos derivados de este. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta causa para pedir, buena fe,

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, entre otras.

Mientras que **PORVENIR S.A.**, adujo que el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, ya que recibió asesoría sobre las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que no desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo el traslado. Aunado a que no se demostró la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento para la calenda en que el actor decidió libre y voluntariamente trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de responsabilidad siu generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 09 de agosto de 2021, admitió el escrito de defensa presentado por **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** (carpeta 13). Así mismo ordenó la vinculación de **COLFONDOS S.A.**

Por proveído del 3 de septiembre de 2021, se tuvo por contestada la demandante por parte de **PORVENIR S.A.**, en tanto se tuvo por no contestado el escrito inicial por **COLFONDOS S.A.**

Igualmente, mediante providencia del 1 marzo de 2022, el Juzgado de origen ordenó la comparecencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de las

empresas Públicas de Neiva, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 28 de febrero de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineeficacia del traslado realizado por **RONALDO ARIAS VIDAL** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, para que, dentro de los **3 meses** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a las 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.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los dineros provenientes de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. Así mismo, al momento de cumplirse las anteriores ordenes, se ordena a las demandadas que 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.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, y a favor del demandante, en la suma de **\$1.160.000**.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas **LAS CEIBAS EMPRESAS PÚBLICAS DE NEIVA, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Y COLFONDOS S.A.** de las pretensiones elevadas en la demanda.

SÉPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, indicando: “*como se indicó como tal en los alegatos de conclusión es importante tener en cuenta que nada ha tenido que ver mi representada dentro de los traslados horizontales que ha venido efectuado el aquí demandante a lo largo del tiempo, si bien es cierto como tal la ley 100 y la ley 797, indican como tal una libre escogencia de los fondos pues también fijan como tal el deber en que deben informarle a sus afiliados acerca*

de la normatividad vigente que se maneja y como se evidencia como tal dentro del interrogatorio se evidencia como tal la administradora de fondo de pensiones, para cuando el aquí demandante tenía 52 años de edad no le informo de manera clara y precisa que estaba ingresando como tal en una prohibición legal para realizar un traslado posterior hacia lo que hoy en día es Colpensiones, en su momento el Seguro Social, también se desconoce como tal por parte de la aquí demandante que como tal lo que paso que el Seguro Social, se transformó en Colpensiones hacia el año 2007, y siguió como tal administrando los fondos del RPM, teniendo en cuenta estas consideraciones y de la cantidad de traslado horizontales que ha realizado el aquí demandante, me permito mencionar aparte de la sentencia SL 3752 de 2020, por la magistrada ponente Ana María Muñoz Segura: "en ese orden de ideas es dable concluir que aunque no haya certeza de si el afiliado recibió al momento del traslado toda la información requerida existen otro mecanismo que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanencia en el régimen que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados, tales como presentar su situación, información de saldo, asignación y cambios de clave, entre otros" Teniendo en cuenta estas consideraciones el actor realizó múltiples traslados horizontales pero como tal no tomo la decisión de realizar un traslado hacia el RPM administrado por Colpensiones para que fuera esa entidad la que lo pensionare al momento de cumplir con los requisitos de la pensión de vejez"

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineeficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por RONALDO ARIAS VIDAL, el día 16 de mayo de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A. S.A y PORVENIR S.A., devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 16 de mayo de 1997. Así mismo está probado que el 15 de octubre de 2000 se vinculó a ING hoy PROTECCION S.A., (fl 41 del archivo 17 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineeficacia de los traslados de régimen pensional, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados

como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineffectuación de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineffectuación del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiendo retornado al RPM por medio diferente a la ineffectuación), posibilitando con la ineffectuación mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineffectuación del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la

expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3-** Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4-** Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5-** Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los trasladados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineeficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineeficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineeficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineeficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineeficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineeficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineeficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo. **AFP PORVENIR S.A.**: historia laboral consolidada certificado de estado de cuenta, formulario de vinculación y comunicados de prensa. **PROTECCION S.A.**, allegó constancia de afiliación, formulario de vinculación, historia laboral para bonos pensionales, reporte estado de cuenta, historial de vinculaciones, solicitud de afiliación,

historial de vinculaciones, reporte de estado de cuentas, historia laboral y políticas para asesor a personas naturales.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 16 de mayo de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Aclarando que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 16 de mayo de 1997, el demandante tenía 181.86 semanas efectuadas al RPM (historia laboral incorporada dentro del expediente administrativo), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 03 de mayo de 1958 expediente administrativo), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el 30 de junio de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PROTECCION S.A., que obra en el fls 71 del archivo 17 del expediente digital, el demandante había cotizado 2059.57 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden

Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 16 de mayo de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntuizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó

entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineeficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineeficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

“(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la

decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo

que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Ahora, la orden de reintegro involucra la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensiónales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, al efecto es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.”
(Negrita fuera de texto)

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Por lo tanto, esta Sala de decisión considera pertinente realizar la adición de la sentencia de primera instancia, referente a que la condena impartida en contra de **PROTECCION S.A.**, también involucra a **PORVENIR S.A.**, en el entendido de trasladar a **COLPENSIONES** con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a la cada entidad, lo correspondiente a gastos de

administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **RONALDO ARIAS VIDAL**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 16 de mayo de 1997, pero adicionando la decisión, en el entendido que la administradora de carácter privado **PROTECCIÓN S.A.**, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en relación a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá tanto **PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**, a **COLPENSIONES** debidamente indexados, atendiendo para ello el tiempo que estuvo vinculada a cada AFP.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional

se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2023, por el Juzgado 41° Laboral del Circuito de Bogotá, la siguiente orden:

-CONDENAR a la **AFP PROTECCION S.A.**, a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante **RONALDO ARIAS VIDAL**, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los retornara tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que el actor, estuvo vinculado a cada compañía y con cargo a los propios recurso de cada compañía.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310504120210011001](https://www.juzgados.gob.mx/juzgado/11001310504120210011001)