

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-013-2022-00138-01
DEMANDANTE:	CLARA LUZ ÁVILA SEGURA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 1º de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 1º de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLARA LUZ ÁVILA SEGURA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-013-2022-00138-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 1º de abril de 1995; como consecuencia de ello, condenar a PORVENIR S.A. a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado; condenar a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas allí cotizadas; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que cotizó al ISS desde el 7 de julio de 1986, sin embargo, a partir del 1º de abril de 1995 fue trasladada a la AFP PORVENIR S.A., lo cual no se realizó de manera libre y voluntaria e informada, pues no fue ilustrada por la sociedad en mención respecto de las implicaciones sobre sus derechos pensionales que traía el traslado de régimen pensional, como tampoco sobre los riesgos, ni las diferencias existentes entre uno u otro régimen. Que la AFP no la asesoró respecto al régimen pensional que más le convenía, analizando sus condiciones particulares y específicas, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad tiempo que llevaba laborando y cotizando, así como su realidad económica concomitante y previsible. Que solicitó ante Colpensiones tener como nulo e ineficaz su traslado de régimen pensional, sin embargo, la encartada negó su petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que se informó a la demandante acerca de las características que componían al RAIS y el RPM, para que esta tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Añadió que en cuanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, se le manifestó a la demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital

¹ Páginas 1 a 27 Archivo 02 Expediente Digital

² Páginas 1 – 39 Archivo 20 Expediente Digital

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

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

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que el traslado de la actora goza de plena validez, adicionalmente se encuentra inmersa en la prohibición establecida en Artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1º de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 24 de marzo de 1995; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes de garantía de pensión mínima; condenar a Colpensiones a tener como afiliada a la actora,

³ Archivo 15 Expediente Digital

a recibir los dineros provenientes de la AFP y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas únicamente a PORVENIR S.A.

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que debe revocarse la condena impuesta a la entidad de activar la afiliación de la actora al RPM. Dijo que debe existir una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado. Adujo que la activa se encuentra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por manera que conforme a lo indicado en la sentencia SU 062 de 2010, la decisión de primer grado atenta contra la sostenibilidad del sistema, pues el objetivo de la norma en referencia, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del RPM, que se produce cuando se permite que las personas que no han contribuido al mismo, y que no han sido tenidas en cuenta en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que en un futuro representan el pago de sus pensiones con su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen, cuando están próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuye a desfinanciar el sistema y poner en riesgo el derecho irrenunciable a la pensión de vejez de los demás cotizantes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un

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

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

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

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin

embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 40 archivo 20 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el

traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en referir que a la data del traslado no le informaron nada relacionado con los beneficios del RAIS, pues solo recuerda que un promotor de Horizonte le preguntó todos sus datos personales, y pasado un mes sus aportes se empezaron a realizar a dicha AFP. Que no le hablaron de aportes voluntarios, ni las modalidades de pensión o la manera en cómo se financia la prestación; tampoco le informaron sobre rendimientos financieros, ni de cuenta de ahorro individual (Min. 12:40 – 28:13 archivo de audio y video 24 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la

decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia de la actora en dicho régimen.

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

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Sin embargo, el A quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, conceptos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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

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

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

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 1º de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la entidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-019-2020-00232-01
DEMANDANTE:	MARLEN DOMÍGUEZ CASTELLANOS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 17 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARLEN DOMÍGUEZ CASTELLANOS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-019-2020-00232-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada a través de la AFP PORVENIR S.A. el 22 de junio de 2000; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladarla, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados al RPM administrado por COLPENSIONES; ordenar a COLPENSIONES a recibirla como afiliada sin solución de continuidad en el RPM; condenar a las demandadas a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de abril de 1959, motivo por el cual cuenta con 61 años. Que cotizó al ISS desde el 17 de abril de 1998 hasta el 30 de julio de 2000. Que el 22 de julio de 2000 fue afiliada a la AFP Porvenir S.A., sin que la sociedad en mención le proporcionara de manera oportuna la información que resultaba imprescindible para construir un acto jurídico de afiliación voluntaria, que incluyera los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS, aunado a que sus asesores no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba. Que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, sin embargo, su petición fue resuelta de manera desfavorable por las entidades llamadas a la acción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la vinculación de la demandante fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, razón por la cual el traslado se considera válido, dentro de los términos establecidos en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en el cual se especifica las características del régimen.

¹ Páginas 1 a 16 Archivo 03 Expediente Digital

² Páginas 1 a 24 Archivo 06 Expediente Digital

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

COLPENSIONES³

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

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 17 de noviembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante, a través de la AFP Porvenir S.A. el 22 de junio de 2000; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES desde el 17 de abril de 1978 hasta la actualidad, como si nunca se hubiere trasladado y por lo mismo, permaneció en el RPM; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere

³ Archivo 05 Expediente Digital

recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, todo ello con destino a COLPENSIONES, debidamente indexados, estando obligada dicha entidad a recibir tales sumas y actualizar la historia laboral de la actora; ordenó que los conceptos a trasladar deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y no impuso costas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que debe revocarse la condena impuesta a título de gastos de administración y demás emolumentos debidamente indexados, toda vez que si las cosas deben retornar al estado natural, tal consecuencia no incluye gastos de administración, porque en el RPM no se generan los rendimientos financieros, aunado a que la condena en tal sentido, se asemeja más a un pago de perjuicios a cargo de Porvenir S.A., lo cual no tiene lugar en el presente caso. Sobre la indexación, dijo que debe tenerse en cuenta la sentencia 001361 del 13 de mayo de 2010, MP Carlos Villamil Portilla, en la cual se señaló que la indexación es una actualización monetaria que deja por fuera aspectos subjetivos, que pretende mantener en el tiempo el poder adquisitivo de la moneda, todo bajo la idea de que debe ser íntegra en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre

ya ha recogido el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, lo cual también fue desarrollado en la sentencia SL9316-2016, acotando que una de las obligaciones de la administradora de pensiones, lo era garantizar una rentabilidad mínima de sus aportes, circunstancia que en el caso analizado fue generada en porcentaje superior al 50%, resultando incompatible ordenar la indexación, en tanto los recursos de la demandante nunca se han visto afectados, y por el contrario se han generado frutos sobre los mismos, como característica propia del RAIS.

En ese orden, dijo que condenar a la indexación monetaria, genera una doble condena a cargo de la AFP por el mismo concepto, además, sobre el punto ya existen varios pronunciamientos a favor de Porvenir, como la sentencia del MP José Alejandro Torres García, dentro del radicado 522021111 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y la sentencia del 31 de octubre de 2022, emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, con radicado 152021489. Concluyó advirtiendo que las sumas correspondientes a los seguros previsionales, fueron entregados a terceros de buena fe que no fueron llamados en garantía, por manera que sería injusta su devolución desde el punto de vista de la equivalencia de los contratos, teniendo en cuenta que Porvenir por medio de una aseguradora cumplió en todos estos años, con las coberturas de invalidez, vejez y muerte, lo que no se puede retrotraer, porque de hacerlo así, se generaría a la AFP un detrimento injustificado adicional.

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que no se consideró en la sentencia debatida, el principio de relatividad jurídica, pues la entidad en mención es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP Porvenir, por lo que no puede verse favorecida ni perjudicada con la decisión judicial, en virtud de los efectos *inter partes* de los actos jurídicos, de suerte que como administradora del RPM no debe ser condenada a recibir a la convocante como afiliada, dado que tal decisión afecta el equilibrio del sistema de seguridad social en pensiones, previsto en el artículo 48 de la CP, adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005. Añadió que este tipo de procesos, viene afectando de manera excesiva y preocupante la reserva pensional de COLPENSIONES, por lo que de confirmarse la decisión, deben pagarse los perjuicios que se causen a la entidad, en atención a la teoría del daño prevista en el derecho civil.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (página 51 archivo 03 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las

personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en referir que cuando trabajaba en la parte administrativa del SENA, llevaron a diversos asesores de los fondos privados, acotando que particularmente el asesor de Porvenir S.A., le indicó que su mejor opción era trasladarse al RAIS, porque su pensión sería más rentable, aunado a que el ISS sería liquidado, accediendo finalmente a la afiliación. (Min. 12:52 – 36:10 archivo de audio y video 08 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la

decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia de la actora en dicho régimen.

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

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivencia y los descuentos realizados con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en este puntual aspecto.

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada, no siendo atendible la petición de reconocer una indemnización de perjuicios a favor de Colpensiones, toda vez que ello no hace parte del presente litigio. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

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

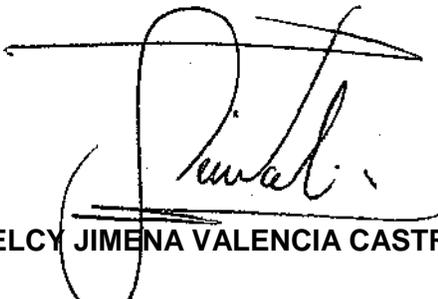
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2021-00293-01
DEMANDANTE:	BENILDA CASTRO BONILLA
DEMANDADO:	CHEN GUOHONG. LI DE MA MIAO ZHEN y TSUI CHEUNG KENNY, SOCIEDAD INVERSIONES ORIENTALES S.A.S y sus socios QIQIN MEI, GUI CHEN WONG y ENRIQUE MA WONG
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 3 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro por salud
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las partes, demandante y demandadas, contra la sentencia del 3 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BENILDA CASTRO BONILLA** contra **CHEN GUOHONG. LI DE MA MIAO ZHEN y TSUI CHEUNG KENNY**, la **SOCIEDAD INVERSIONES ORIENTALES S.A.S** y sus socios **QIQIN MEI, GUI CHEN WONG y ENRIQUE MA WONG**, con radicado No. **11001-31-05-020-2021-00293-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que entre la demandante y los demandados existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1º de marzo de 2013 y hasta el 10 de octubre de 2019, durante el cual desempeñó el mismo cargo y funciones; se declare que existió sustitución patronal entre EASTERN EXPRESS LTDA, COOKING TAICHI S.A.S, COOKING TAICHI GOURMET S.A.S y finalmente con el GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S., por lo que deben responder solidariamente por todas las acreencias laborales de la demandante.

Se declare que el despido de la demandante es ineficaz por estar amparada por estabilidad laboral reforzada y se declare nulo el despido por no haber solicitado el permiso al Ministerio de Trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a las demandadas a pagar a la actora la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios dejados de percibir desde el 20 de septiembre de 2019 hasta la fecha de reintegro, las cesantías, los intereses a las cesantías, la sanción sobre los intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones de enero a octubre de 2019, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., indexación, pago de aportes a seguridad social en pensiones, indemnización por despido sin justa causa conforme al artículo 64 del C.S.T., daños morales; lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó los hechos que a continuación se resumen:

Que fue vinculada por EASTERN EXPRESS LTDA el 1º de marzo de 2013 mediante contrato verbal para desempeñar el cargo de Steward con un horario de 10:30 am a 6:30 pm. Que la empleadora realizó sustitución patronal con COOKING TAICHI S.A.S, luego con COOKIN TAICHI GOURMET S.A.S y posteriormente con el GRUPO INVERIONES ORIENTALES S.A.S., por lo que les asiste responsabilidad solidaria entre ellas y sus socios.

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

Que desde el inicio se ha conservado la identidad del establecimiento y el giro de sus actividades hasta octubre de 2019 en que terminó su contrato de trabajo y nunca se le informó a la trabajadora el estado de sus cotizaciones a seguridad social.

A consecuencia del desempeño de sus labores la actora desarrollo artrosis y el 18 de marzo de 2019 la oficina de medicina laboral de COLPENSIONES le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 20,55% con fecha de estructuración el 8 de marzo de 2019, además le otorgaron diferentes incapacidades que fueron conocidas por el empleador. El 19 de septiembre de 2019 el subgerente informó a la actora vía telefónica que su contrato finalizaba el 10 de octubre de 2019 sin la autorización del Ministerio del Trabajo.

Que presentó acción de tutela ante el Juzgado 44 de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples donde el empleador manifestó que su desvinculación se hizo de forma unilateral y que al momento del despido se le entregaron copias de los aportes a seguridad social, y el pago se realizó hasta el 1º de octubre de 2019.

El empleador desconoció la estabilidad laboral reforzada y omitió al efectuar la liquidación final de prestaciones sociales de los 6 años previos al inicio de la relación laboral con el GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S y canceló la suma de \$2.690.939.

Mediante auto del 18 de marzo de 2022 (archivo 14) el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, aceptó el DESISTIMIENTO presentado por la parte actora respecto de los demandados CHEN GUOHONG Y LI DE MA MIAO ZHEN, por lo que se dio por terminado el proceso respecto de estos dos demandados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Los demandados contestaron la demanda a través de su apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptaron la prestación de los servicios y el cargo desempeñado; negaron la continuidad de la relación laboral, por cuanto afirman que la demandante presentó renuncia el 30 de diciembre de 2018 a la sociedad COOKING TAICHI GOURMET S.A.S., negaron los hechos relacionados con la solidaridad y tener conocimiento de las enfermedades e incapacidades de la actora, así como la fecha de despido manifestando que lo fue

² Archivo 05 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

el 19 de septiembre de 2019. Aceptaron no haber solicitado permiso al Ministerio de Trabajo por desconocer la condición de salud de la trabajadora. Propusieron como excepciones de fondo las de ausencia de causa, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de responsabilidad solidaria de los socios capitalistas de la sociedad EASTERN EXPRESS LTDA, y las declarables de oficio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, profirió decisión mediante Sentencia del 3 de octubre de 2022, en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la señora BELINDA CASTRO BONILLA y la demandada GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S., desde el 1º de enero de 2019 al 19 de septiembre de 2019 que terminó sin justa causa. Declaró ineficaz la terminación del contrato por encontrarse la demandante bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada y ordenó al GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando o a uno compatible con su estado de salud y a mantenerla en el cargo mientras subsistan las condiciones de salud sin que pueda ser despedida sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Condenó al GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S. a pagar a la actora los salarios, prestaciones, sociales, vacaciones y aportes a seguridad social desde la fecha del despido hasta la fecha de reintegro debidamente indexados. Absolvió al GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S de las demás pretensiones de la demanda y absolvió a los demás demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas al GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S

Como fundamentos de su decisión, señaló respecto a la sustitución patronal que no se probaron los presupuestos para que operara esta figura, pues no encontró prueba alguna de ello, como tampoco de la existencia de una sola relación laboral. Conforme a la prueba documental, concluyó que existieron relaciones laborales diferentes y no una sola relación laboral, por lo que declaró la última relación laboral con el GRUPO DE INVERSIONES ORIENTALES S.A.S, entre el 1º de enero de 2019 y el 19 de septiembre de 2019 que terminó por despido sin justa causa.

En cuanto a la estabilidad laboral reforzada indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se requiere de una limitación moderada para que sea aplicable esta figura y como la demandante tiene una calificación de la PCL del 20.55% con fecha de estructuración el 8 de marzo de

2019, es decir calificada dentro de la existencia de la relación laboral tenía la protección solicitada. Además, conforme a la historia clínica la demandante venía siendo incapacitada desde meses antes e incluso para la fecha de la terminación del contrato se encontraba incapacitada, por lo que consideró que era de conocimiento de la empleadora la condición de salud de la trabajadora y aun así efectuó el despido sin la autorización de Ministerio de Trabajo, por lo que ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría acorde con su condición de salud, con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad desde la fecha del despido hasta el reintegro.

En cuanto a la indemnización establecida en el artículo 26 del Decreto 360 de 1997, expresó que como se declaró ineficaz el despido, al no terminar el contrato sino el reintegro a su trabajo no procedía esta indemnización. Respecto al pago de las cesantías y la sanción por falta de pago, manifestó que la demandante no fue clara en su petición; sin embargo, no procedía ninguna de ellas, por cuanto la relación laboral terminó antes de generarse la obligación de consignar las cesantías en el fondo y a la demandante se le pagaron las cesantías con la liquidación final de prestaciones sociales, lo que fue aceptado por ella.

La Indemnización moratoria fue negada por cuanto a la terminación del contrato no adeudaba la empleadora suma alguna por concepto de salarios o prestaciones sociales y si bien fue consignada en el Banco Agrario la liquidación final de prestaciones sociales, la demandante aceptó haber retirado dicha liquidación. Por otra parte, indicó que esta indemnización no procede para las condenas que se imponen por salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro.

Respecto a las otras demandadas, indicó que no se probó el hecho del despido de los contratos anteriores y en su lugar se allegó carta de renuncia y liquidación final de prestaciones sociales. En relación con los perjuicios morales, manifestó que la parte actora no allegó prueba alguna de ellos.

En relación con la solidaridad, manifestó que las condenas fueron para el GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S., por lo que. al ser una sociedad por acciones simplificadas, sus socios no son solidariamente responsables y por ello no tienen responsabilidad alguna frente al pago de las acreencias laborales de la demandante y frente a las otras demandadas no existe solidaridad, pues no hay

prueba de que sean socios de la sociedad condenada y no se probó la sustitución patronal.

Analizó la excepción de prescripción para declarar que no prosperaba y condenó en costas a la sociedad GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo respecto a la solidaridad, para lo que argumentó que en la Cámara de Comercio hubo un cambio de objeto social, pero que el principio de la realidad supera a las formas, ya que los hechos 5, 6 y 8 de la demanda fueron aceptados por las demandadas, por lo que la renuncia de 2016 en la realidad demuestra que no fue así y las cotizaciones fueron ininterrumpidas. Que el inició de la relación laboral fue en marzo de 2013, lo que también fue aceptado por la demandada, por lo que considera se acreditó la sustitución patronal.

La demandada GRUPO INVERSIONES ORIENTALES S.A.S. interpuso recurso de apelación, para lo que manifestó que no se demostró que la demandante hubiera comunicado su estado de discapacidad y conforme a la carga de la prueba le correspondía probar que había comunicado al empleador su discapacidad.

Que en el hecho 19 de la demanda dice que la enfermera puso en conocimiento del empleador el estado de discapacidad, pero el apoderado de la parte actora desistió de la práctica de los testimonios, por lo que reitera que el documento nunca fue comunicado a la empleadora y por ello al momento del despido no tenía conocimiento de la discapacidad, por lo que solicita se revoque la ineficacia de la terminación del contrato, el reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales a que fue condenada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* el determinar los siguientes aspectos:

Para la parte demandante la existencia de la sustitución patronal y la procedencia de la declaración de solidaridad entre las demandadas y para la parte demandada, establecer si se encuentra demostrado que no tenía conocimiento de la discapacidad de la trabajadora al momento del despido.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a analizar las inconformidades de la parte actora que hacen relación a la sustitución patronal y la solidaridad, para lo que se hace claridad en que en los hechos de la demanda se menciona que existió una sustitución patronal entre EASTERN EXPRESS LTDA, COOKING TAICHI S.A.S, COOKING TAICHI GOURMET S.A.S y la sociedad INERSIONES ORIENTALES S.A.S. sin embargo no fueron demandadas las tres primeras, sino sus socios, por cuanto estas sociedades se encuentran disueltas o liquidadas, conforme a los certificados de la Cámara de Comercio aportados con la demanda.

Argumenta en su recurso la parte actora, que la demandada aceptó los hechos 5, 6 y 8 de la demanda; así mismo, que la renuncia de 2016 no fue cierta y que las cotizaciones fueron ininterrumpidas, por lo que considera se acreditó la sustitución patronal.

Para dilucidar lo anterior, conviene traer a colación el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo que establece:

ARTÍCULO 67. DEFINICIÓN. Se entiende por sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

Los elementos que se requieren para que exista una sustitución de empresarios son:

1. Un cambio en la titularidad de la organización productiva en el que un empresario le entrega a otro la posesión de la empresa, lo que puede suceder por una compraventa, arrendamiento, etc.
2. La subsistencia de la identidad del negocio, pues se mantienen el personal, el patrimonio y los medios técnicos para llevar a cabo una actividad económica.
3. La continuidad en la prestación del servicio.

De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de cuál sea el negocio jurídico subyacente, y siempre que esta operación implique la continuidad de sus actividades. Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure, lo que supone que un empleador cede o transfiere al cesionario los bienes susceptibles de explotación económica, con capacidad para ofrecer bienes o servicios al mercado, de modo que permita la continuación de la actividad económica del negocio.

En el certificado de la Cámara de Comercio de EASTERN EXPRESS LTDA en liquidación (fs.22-26) se indica que la sociedad se haya disuelta por vencimiento del término de duración y en estado de liquidación a partir del día 5 de abril de 2019. La dirección de la empresa es la Calle 118 No. 18C-38 de Bogotá, y su objeto social era la importación y exportación de alimentos, entre otros, y su actividad principal el “expendio a la mesa de comidas preparadas”. Sin embargo, con ello no se demuestra la subsistencia del negocio, pues esta sociedad no funcionaba en el mismo lugar donde laboró la demandante (Cra. 14 No. 93-14) y la parte actora no aportó prueba de ello, ni en la Cámara de Comercio figura esta sociedad como propietaria de un restaurante.

El certificado de la Cámara de Comercio de COOKING TAICHI S.A.S. obra a folios 27-29 y con ello se acredita que la matrícula fue cancelada el 2 de enero de 2017 y la liquidación de la sociedad fue inscrita el 28 de diciembre de 2016. Su actividad principal era el alojamiento en hoteles.

Conforme al certificado de la Cámara de Comercio de COOKING TAICHI GOURMET S.A.S. (fs.30- 32) esta sociedad fue cancelada el 4 de enero de 2019 y el acta final de liquidación de la sociedad fue inscrita el 4 de enero de 2019. Su

actividad principal era el expendio a la mesa de comidas preparadas. No figura dirección en el certificado allegado.

A folios 33-37 obra el certificado de la Cámara de Comercio del GRUPO DE INVERSIONES ORIENTALES S.A.S con dirección en la Carrera 14 No. 93-14, con objeto social la prestación de servicios de restaurante, cafetería, hostelería entre otros y actividad principal “expendio a la mesa de comidas preparadas” y tiene matriculado el establecimiento de comercio denominado “Restaurante Cooking 93” ubicado en la Carrera 14 No. 93-14 de Bogotá.

Conforme a la historia laboral aportada por la demandante se tiene que cotizó al RPM con diferentes empleadores entre ellos EASTERN EXPRESS LTDA, COOKING TAICHI S.A.S., COOKING TAICHI GOURMET y GRUPO DE INVERSIONES ORIENTALES. (f. 12 archivo 1).

A folio 20 del mismo archivo obra la certificación expedida por COOKING TAICHI (restaurante), suscrita por la administradora Yelixa Roncancio el 17 de agosto de 2019, conforme a la cual la señora BELINDA CASTRO laboró en la empresa desde el 7 de diciembre de 2012 en el cargo de steward, y en el que aparece como dirección de la empleadora la Carera 14 No. 93-14 de Bogotá.

Con el documento visto a folio 22 del archivo 5 suscrito por la demandante, se puede concluir que el contrato entre la demandante y COOKING TAICHI “restaurante”, (sin que se mencionara el nombre GOURMET S.A.S.) se liquidó por retiro voluntario y se cancelaron las prestaciones sociales, documental con la que se demuestra que laboró por el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2012 y el 30 de agosto de 2016.

A folio 23 obra la carta de renuncia voluntaria de la demandante a COOKING TAICHI GOURMET S.A.S (restaurante) de fecha 30 de octubre de 2018 a partir del 31 de diciembre de 2018 al cargo que había desempeñado desde el mes de septiembre de 2016, sin que allí se mencione otro motivo, que la voluntad de la trabajadora de renunciar al cargo desempeñado y sin que en la demanda se hubiera hecho mención a ello y a folio 24 obra la liquidación final de prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2018 suscrito por la trabajadora, por lo que con ello se determina que entre la actora y COOKING TAICHI GOURMET S.A.S. (restaurante) existieron dos relaciones laborales, la primera entre el 7 de diciembre de 2012 y el 30 de agosto

de 2016 y la segunda entre el 1º de septiembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2018, lo cual es acorde con la certificación que obra a folio 20 y que se menciona en el recurso de apelación de la parte actora.

De la anterior prueba no es posible concluir la existencia de una sustitución patronal entre COOKING TAICHI GOURMET S.A.S. y las otras sociedades, pues conforme a la certificación vista a folio 20, fue COOKING TAICHI GOURMET S.A.S la empleadora y no se acreditó un cambio en la titularidad del negocio donde laboraba la demandante (restaurante), mediante un negocio jurídico como una compraventa, arrendamiento, fusión o mutación en el tipo de sociedad, sino que la demandante laboró para COOKING TAICHI GOURMET S.A.S (restaurante) y terminados estos contratos y liquidada la sociedad mencionada, se vinculó con INVERSIONES ORIENTALES S.A.S. Si bien son sociedades que tienen socios en común y actividades similares, ello no genera por sí solo la sustitución patronal, además se desistió de la demanda respecto de dos de los socios de EASTERN EXPRES LTDA y COOKING TAICHI S.A.S.

No obstante que las demandadas al contestar la demanda aceptaron los hechos 5, 6 y 8, que hacen referencia a que la demandante mantuvo siempre su mismo cargo, funciones, domicilio, nivel salarial y condiciones laborales y de los nombres de los socios capitalistas empleadores de la poderdante; de los cuales se reitera, se desistió en relación a dos de ellos; lo cierto es que, presentaron oposición a la existencia de una sola relación laboral, a la sustitución patronal y a la solidaridad, por lo que no puede tenerse como aceptada la sustitución patronal y en consecuencia no procede la declaratoria de la solidaridad entre estas.

Ahora, en relación con la responsabilidad laboral solidaria respecto a los socios de la empresa empleadora, en este caso INVERSIONES ORIENTALES S.A.S., se encuentra establecida en el artículo 36 del CST que señala lo siguiente:

«Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.»

Como se observa, la solidaridad se predica únicamente entre los socios o dueños de las sociedades de personas, lo que excluye a las sociedades por

acciones o de capital y por lo tanto las figuras societarias como la S.A.S escapan a la solidaridad laboral; por lo que se resalta que no existe en el caso en estudio una modificación en la razón social de ninguna de las sociedades mencionadas que permita suponer que se modificó la razón social para defraudar los intereses de la trabajadora.

Al respecto ha señalado la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 43972 del 7 de septiembre de 2016:

«...en su labor de unificar la jurisprudencia nacional, esta Sala de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico que la solidaridad estatuida en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, no se extiende a las sociedades de capital.»

Ahora, como la parte demanda se encuentra inconforme con la decisión de primera instancia respecto de la estabilidad reforzada de la trabajadora, se tendrá en cuenta que sobre el despido de un trabajador en estado de discapacidad la sentencia CSJ SL1360-2018 expresó:

“En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo. Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio.”

En atención a lo anterior, procede la Sala a revisar las pruebas allegadas al proceso:

Como documental se aportó con la demanda la historia clínica (fs. 38 a 42) conforme a la cual la demandante padecía para ese momento gastroenteritis y colitis de origen infeccioso. A folios 43-46 obra el formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la demandante efectuada por COLPENSIONES donde se determina que padece de artrosis no especificada, diabetes mellitus no insulino dependiente y es calificada con una PCL del 20,55% con fecha de estructuración el

8 de marzo de 2019. También se allegaron tres incapacidades por enfermedad general, por 3 días (22 a 24 de julio de 2019), por un día (25 de julio de 2019) y por dos días (19 y el 20 de septiembre de 2019 (fs. 47 a 50), dentro de lo cual se resalta que el despido ocurrió en esta última incapacidad.

Sobre las incapacidades del 11 al 15 de septiembre de 2019 no se allegó prueba y tampoco de la incapacidad del 16 al 17 de septiembre de 2019 (hechos 17 y 18); sin embargo, fueron aceptadas al contestar los hechos de la demanda en cuanto a que en los días 11 al 15 de septiembre de 2019 la demandante debido a sus graves condiciones de salud se le imposibilitó asistir a su lugar de trabajo, lo mismo que los días 17 y 18 de septiembre de 2019.

También se allegó comunicación dirigida al restaurante Cooking Taichi de fecha 19 de septiembre de 2019 avisando de incapacidad (f. 51)

El representante legal de la sociedad INVERSIONES ORIENTALES S.A.S. señor ENRIQUE MA WONG manifestó en el interrogatorio de parte, respecto al estado de salud de la demandante que antes del 19 de septiembre de 2019 conocía las incapacidades de la demandante y que ella solicitó la indemnización por vejez, pero no pensión de invalidez. Respecto a una respuesta al correo sobre un derecho de petición del 7 de mayo de 2021 aceptó que se le indicó que no tenía conocimiento del estado de discapacidad, ya que ella no había aportado tal documento, remitido a Yelixa Roncancio (administradora), reiteró que no tenía conocimiento de la PCL y que no le entregaron el documento; que ella no manifestó tener una discapacidad y en su trabajo nunca manifestó un impedimento para trabajar o una desmejora en su salud. Que al momento de la desvinculación no tenía incapacidad y no tenía conocimiento de ello. Respecto a los hechos y 15 a 18 de la demanda manifestó que fueron aceptados, afirmó que conoció de todo ello después del despido; que ella pedía permisos para diligencias personales y que el despido fue con la indemnización correspondiente y no pidieron permiso al Ministerio de Trabajo porque no tenían conocimiento de las condiciones de salud de la trabajadora.

La señora CHEN HUOWONG dijo no tener conocimiento de los quebrantos de salud de la demandante, que ella siempre fue saludable. Frente a la tutela dijo que no conoció incapacidades, nunca lo supo, ni de la comunicación a Yelixa Roncancio sobre el trámite de la pensión de invalidez.

En consonancia con las pruebas recaudadas y en atención a los hechos que fueron aceptados con la contestación de la demanda, es claro que el 18 de marzo de 2019 la demandante había sido calificada con una PCL del 20.55% con fecha de estructuración del 8 del mismo mes y año, es decir dentro de la existencia de la relación laboral que había iniciado el 1º de enero de 2019, y que venía presentando incapacidades desde el mes de julio de 2019 por lo que no es de recibo lo manifestado por el representante legal en cuanto a que desconocía el estado de salud de la actora, aunque no se allegara prueba de la comunicación de la PCL, máxime si se tiene en cuenta que el día del despido, ella no asistió a su trabajo por encontrarse en incapacidad.

Sobre este aspecto en particular, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 2094 de 2021, indicó:

“Sin embargo, como se dijo en un caso similar al presente, en la sentencia CSJ SL 1039-2021, la fecha de la calificación y de la estructuración de la invalidez «[...] no tiene la preponderancia que se le asigna» en el cargo, toda vez que «la calificación está fundamentada en los exámenes y diagnósticos realizados en épocas donde estuvo vigente la relación laboral», por lo que demostraría la situación de discapacidad del subordinado en vigencia de ese vínculo, da lugar a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997”.

Así las cosas, conforme a las pruebas recaudadas, se determina que la actora se encontraba en estado de discapacidad al momento de la terminación del contrato e incluso incapacitada para la fecha del despido, y si bien la parte demandada manifiesta que no fue informada de ello, lo cierto es que aceptó con la contestación de la demanda que conocía de las incapacidades de la trabajadora, las que había presentado desde el mes de julio de 2019; además, al haber sido calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 20.55% durante la vigencia de la relación laboral, por lo que tenía la protección de ley, lo que conduce a confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto, así como las consecuentes condenas que fueron impuestas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin Costas en esta instancia por cuanto tal condena sería recíproca, ante la no prosperidad de los recursos promovidos por las partes.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

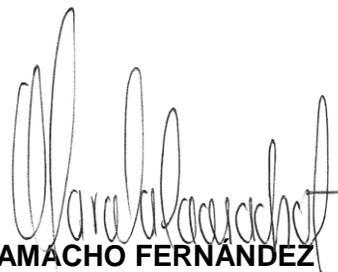
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-020-2022-00329-01
DEMANDANTE:	PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 21 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIÓN

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES respecto de la sentencia del 21 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-020-2022-00329-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción pretende se declare la nulidad y/o la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia se declare que el señor PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ no dejó de

¹ Fs. 1-25 Archivo 01
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

pertenecer al régimen de prima media con prestación definida y se condene a PROVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos, sin descontar comisiones de administración; lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ nació el 17 de julio de 1958 y se afilió al ISS el 25 de octubre de 1984. El 6 de junio de 2000 suscribió la afiliación al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., la cual fue efectiva a partir del 1º de agosto de 2000.

Manifiesta que al momento de la afiliación no le informaron sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni la afectación a su mesada pensional y las diferencias con el régimen de prima media, o hasta cuando podía retornar al RPM y no le hicieron una proyección que le permitiera conocer la información completa sobre el valor de su mesada.

El 10 de septiembre de 2021 radicó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen, lo que fue negado mediante comunicación de fecha 13 de septiembre del mismo año, igualmente, presentó solicitud de nulidad de afiliación ante PORVENIR S.A. quien el 3 de abril de 2022 le dio respuesta negativa.

El 10 de septiembre de 2021 solicitó a PORVENIR S.A. la simulación de su pensión que fue respondida mediante oficio, informándole que, al cumplir los 63 años, tendría una pensión de \$1.426.700.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la reclamación ante COLPENSIONES y negó o manifestó no constarle los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad,

² Archivo 04 y 06
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

saneamiento de la nulidad alegada, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte la demandada **AFP PORVENIR S.A.** presentó una contestación respecto a otro demandante por lo que se le tuvo por no contestada; sin embargo en audiencia del 21 de febrero de 2023 se repuso la decisión anterior, por cuanto no se ordenó en su oportunidad la devolución de la contestación de la demanda para subsanarla, por lo que se tuvo por contestada la demanda en la forma en que se presentó en esa oportunidad, en la que se opuso a las pretensiones de esta, manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos descritos en la demanda, y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 21 de febrero de 2023, declaró la ineficacia el traslado efectuado el 6 de junio de 2000 por el demandante PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad y declaró que la aseguradora del demandante es COLPENSIONES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Condenó al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros y bonos pensionales. Condenó a en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, señaló, que para demostrar que el traslado se dio de manera libre y voluntaria se debía acreditar que se había suministrado información clara y suficiente, carga de la prueba que le correspondía acreditar al Fondo demandado y conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso se evidenció que al demandante no le fue brindada la información necesaria en forma oportuna, es decir, al momento de la firma del formulario al momento de afiliarse al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A., por lo que no encontró probado que la AFP demandada cumpliera con la carga de la prueba, por lo que no existió el consentimiento informado necesario para la validez del traslado, lo que no podía ser subsanado por el transcurso del tiempo, atendiendo lo indicado en la jurisprudencia.

Consideró procedente ordenar la devolución de los aportes, bonos pensionales y rendimientos. En cuanto a los descuentos de gastos de administración y gastos previsionales manifestó que estos fueron conceptos fueron constituidos legalmente y se causan durante la afiliación, además de proteger las contingencias de invalidez y muerte, por lo que no ordenó su devolución. Dada la declaratoria de ineficacia, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas

APELACIÓN

La demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para lo cual argumentó que al trasladarse al demandante se está violando la prohibición legal que existe respecto a la edad (52 años). Que al permanecer en el RAIS durante todos estos años ratificó su decisión de afiliación y manifestó haber suscrito el formulario de manera libre y voluntaria. En ese momento no existía otra exigencia que la suscripción del formulario y no se realizó una lesión injustificada, sino que el acto jurídico versa sobre un objeto lícito por lo que el traslado no es ineficaz; además de afectar la sostenibilidad financiera.

En caso de ratificarse la decisión, solicita se tenga en cuenta que es un tercero de buena fe y solicita se ordene la devolución de los gastos de administración por cuanto no podía la AFP obtener estas comisiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, conforme al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales

se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si

lo es el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

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

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

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

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de "*afirmaciones o negaciones indefinidas*", se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (f. 61 archivo 06), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante PEDRO NEL RAMOS JIMÉNEZ se observa que manifestó ser ingeniero agrónomo y que donde laboraba lo citaron para que asistiera a una reunión de grupo con un asesor de PROVENIR S.A., quien les dijo que el ISS se acababa y que lo mejor era que se trasladaran a PORVENIR S.A. El asesor ya tenía su información personal y él firmó el formulario de manera libre y voluntaria; la reunión no duró ni siquiera 10 minutos y la información que leyó en el formulario era solo su sobre sus datos personales. No le dijeron que podía retractarse de la afiliación. Respecto a los beneficios, le dijeron que en caso de fallecer sus beneficiarios recibirían dinero, pero no conoció de la pensión anticipada. No hizo averiguación alguna por su cuenta y no intentó retornar a COLPENSIONES porque veía muy lejos su situación respecto a la pensión; sin embargo, cuando la pandemia empezó a mirar el tema, y fue cuando fue a COLPENSIONES quienes le dijeron que tenía que haberse cambiado antes de cumplir los 52 años por lo que ya era tarde para el traslado y en el fondo le dijeron que el monto de la pensión sería de \$1.400.000. Que le llegaban extractos, pero no los entendía y no solicitó información al respecto. (Min. 18:39 y siguientes. Archivo 09).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos

e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Conforme con lo anterior, se debe modificar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros y porcentajes de garantía de pensión mínima, incluyendo los valores descontados para la garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales, y, además, que los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP por conceptos de gastos de administración y seguros deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se modificará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud de los argumentos expuesto por COLPENSIONES y en la consulta que es procedente respecto a los descuentos efectuados por concepto de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.

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

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

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

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en su numeral tercero, en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de garantía de pensión mínima, así como a devolver los gastos de administración y seguros previsionales descontados durante la afiliación al RAIS. Estos últimos, deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de

traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos.

Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES.

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

RESUELVE:

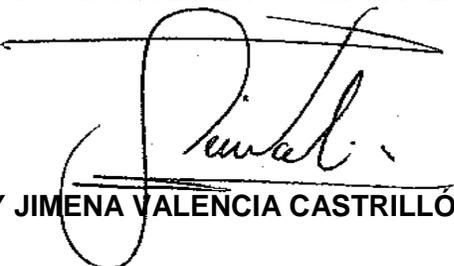
PRIMERO: ADICIONAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia del 21 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A. a reintegrar también a COLPENSIONES** los valores correspondientes a la garantía de pensión mínima y los descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, estos últimos, deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2017-00175-01
DEMANDANTE:	JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ
DEMANDADO:	ORLANDO CRIOLLO OBANDO y MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 9 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	HONORARIOS
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora **JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ** contra la sentencia del 9 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ** contra **ORLANDO CRIOLLO OBANDO** y **MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO**, con radicado No. **11001-31-05-026-2017-00175-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que prestó conjuntamente a los señores **ORLANDO CRIOLLO OBANDO** y **MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO**

¹ Fs. 1-8 y 54 a 56 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

servicios profesionales especializados por los que son deudores solidarios del demandante por la suma de \$46.349.022, correspondientes al valor de los servicios profesionales y se condene al pago de las costas del proceso

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ es un “asesor pensional” y en agosto de 2015 se reunió con los demandados en el Centro Comercial Calima, para acordar una asesoría por lo que fue autorizado por escrito, para realizar las diligencias necesarias para la consecución de las prestaciones pensionales.

Que acordaron verbalmente que realizaría las diligencias necesarias para obtener la devolución de los aportes pensionales del señor ORLANDO CRIOLLO OBANDO en la AFP PORVENIR S.A. y a realizar las diligencias para obtener la pensión de vejez de la señora MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO, para lo que se comprometieron a pagar al demandante el 50% de los dineros que se obtuvieran en razón de su labor.

Se acordó un anticipo de \$3.000.000 que no haría parte de los honorarios, de los cuales el actor recibió la suma de \$1.000.000.

Como resultado de sus actividades, el 25 de febrero de 2016 la AFP PORVENIR S.A. expidió en favor de ORLANDO CRIOLLO OBANDO un cheque por la suma de \$53.698.045 por concepto de devolución de aportes pensionales y ante la protesta del demandante le manifestaron, mediante correo electrónico, que el lunes le consignarían el dinero a su cuenta personal de Davivienda.

Que COLPENSIONES emitió la Resolución GNR343292 del 18 de noviembre de 2016 mediante la cual reconoció la pensión a la señora MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO en cuantía de \$803.000 mensuales y un retroactivo por la suma de \$35.000.000.

Afirma que los demandados adeudan al demandante la suma total de \$46.349.022 así: por parte de ORLANDO CRIOLLO OBANDO \$28.849.022 y por la señora MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO la suma de \$17.500.000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Los demandados ORLANDO CRIOLLO OBANDO y MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO se encuentra representados por Curador Ad-litem, quien contestó la demanda en su oportunidad legal. Se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que no le constan los hechos y propuso como excepciones de fondo las de incumplimiento de la carga probatoria de acreditar los trabajos que lo llevaron a conseguir el resultado de la labor, cobro de lo no debido y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de noviembre de 2022, ABSOLVIÓ a los demandados ORLANDO CRIOLLO OBANDO y MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoada por JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ, y lo condenó al pago de las costas del proceso. Ordenó remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamentos de su decisión, la juez de primera instancia tuvo en cuenta las pruebas documentales aportadas y obrantes en el archivo 1) y respecto de la relación planteada, manifestó que ante la ausencia del contrato de mandato escrito debía acreditarse por otro medio la existencia del mandato, frente a lo cual consideró que el demandante no acreditó la existencia de un acuerdo para la prestación de servicios profesionales a fin de determinar el alcance expreso de lo acordado y menos aún los honorarios pactados para el efecto y tampoco demostró haber realizado las gestiones adelantadas en virtud de lograr el reconocimiento pensional o la devolución de los aportes que se indican en la demanda, carga de la prueba que le correspondía al demandante, razón por la que absolvió a los demandados de las pretensiones incoadas en su contra. Se relevó del estudio de las excepciones propuestas por el Curador Ad-litem, condeno en costas a la parte actora y ordenó la remisión del proceso en el grado jurisdiccional de consulta en caso de no ser apelada la decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el Código Civil señala que el mandato puede ser verbal y no se puede asimilar

² Archivo 05. Fs. 4 a 8. Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

con un contrato de prestación de servicios de un profesional del derecho por lo que solicita se consideren como mínimo las cuantías canceladas a los demandados y la documental allegada con la que se comprueba que existía un mandato y que se dio por terminado, lo que demuestra que se había otorgado un mandato y que la entidad le entregó al demandante el cheque aunque no pudo ser cobrado porque estaba a nombre del demandado y él no tenía facultades para cobrarlo con lo que considera se ha probado la existencia del mandato. Que los demandados adeudan las sumas acordadas y demostraron la mala fe al sacar del comercio los bienes sobre los cuales se había solicitado medida cautelar que fue negada por el despacho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* el determinar; si se acreditó en el proceso la existencia del mandato conferido al demandante y de ello se puede establecer el valor de los honorarios para que sean condenados los demandados al pago de estos.

CONSIDERACIONES

Para resolver se tendrá en cuenta que el demandante manifestó en la demanda haber prestado sus servicios como “asesor pensional”, para realizar los trámites necesarios para obtener de la AFP la devolución de los aportes pensionales al señor ORLANDO CRIOLLO y para el reconocimiento de pensión de vejez a la señora ELSA MARÍA VANEGAS, y argumenta en su recurso que no se

pueden asimilar los servicios de asesor pensional con los contratos de mandato para un profesional del derecho.

Al respecto se tiene en cuenta que los contratos de mandato se encuentran regulados por el Código Civil, Ley 84 de 1973 y el Código de Comercio Decreto 410 de 1971. Por su parte el artículo 2142 del C.C. define el contrato de mandato de la siguiente forma:

«El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.»

El denominado mandatario debe cumplir con las condiciones del mandato que le ha sido encargado, el que puede ser remunerado o gratuito conforme al artículo 2143 del C.C. que dispone:

El mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez.

No requiere mayor solemnidad, salvo casos especiales donde se exige que sea por escrito y además mediante escritura pública, por lo que el mandato puede ser escrito o verbal, como lo señala el artículo 2149 del C.C. que indica:

«El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.»

Así las cosas, procede la Sala a revisar las pruebas allegadas al proceso a fin de determinar la existencia del contrato de mandato verbal que argumenta la parte actora recibió y si conforme a ello procede la condena al pago de los honorarios que reclama.

Con la demanda se allegaron las siguientes pruebas documentales respecto de la demandada MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO:

- Autorización al señor JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ de enero de 2016 dirigida a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP para solicitar información de la solicitud de su pensión de vejez y para aportar los documentos que se soliciten, la cual se encuentra suscrita por la señora MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO y autenticada ante la Notaría 50 del Círculo de Bogotá el 8 de enero de 2016 (fs.11-12, 36 y 37 archivo 1)

- Autorización en igual sentido suscrita por la demandada y autenticada en la Notaría Primera de Bogotá el 13 de noviembre de 2015 que obra a folios 33 y 34 del archivo 1.
- Autorización al demandante para que radique el recurso de reposición y/o de apelación de su pensión de vejez, suscrita por la señora VARGAS DE CRIOLLO y autenticada ante la Notaría 50 del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2016 (fs. 13 y 14, 38-39 archivo 1).

En relación con el demandado ORLANDO CRIOLLO OBANDO se allegó:

- Poder otorgado por el señor CRIOLLO OBANDO al señor JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ para radicar los documentos exigidos para la devolución de aportes, recibir los dineros, firmar, reclamar documentos, solicitar la información que sea necesaria y aportar los documentos. En ella se autoriza la entrega el cheque girado a su nombre al hoy demandante o consignarlo en la cuenta de ahorros de Davivienda, cuyo número se relaciona. El poder fue autenticado en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el 13 de noviembre de 2015 (fs. 15 y 16, 40-41 archivo 1)
- Poder al señor SÁNCHEZ JIMÉNEZ suscrito por el demandado CRIOLLO OBANDO el 24 de septiembre de 2016 para le sea girada al demandante la devolución de saldos acumulados en pensión de vejez cotizados a la AFP PORVENIR S.A., y se gire el cheque a nombre de JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ. Este poder fue autenticado ante la Notaría 68 del Circuito de Bogotá el 24 de septiembre de 2016 (fs. 17 y 18 archivo 1).
- Poder otorgado por el mismo demandado al señor SÁNCHEZ JIMÉNEZ para radicar los documentos exigidos para la devolución de aportes, solicitar y recibir los dineros, firmar, reclamar documentos, solicitar la información que sea necesaria, aportar los documentos necesarios ante la AFP PORVENIR para la devolución de los aportes a pensión que ahorró para obtener la pensión de vejez y solicita se gire el cheque a nombre del apoderado o se consigne a la cuenta de este. Fue otorgado ante el Consultado General de Colombia en la ciudad de Milán el 4 de abril de 2016. (fs. 19-20 archivo 1)
- A folios 21 y 22 obra comunicación de la AFP PORVENIR S.A. dirigida al demandante el 12 de octubre de 2016 mediante la cual le comunica que no es posible acceder a su solicitud de devolución de saldos, toda vez que no registra apoderado, ni persona autorizada para otorgarle información del trámite, por cuanto el señor ORLANDO CRIOLLO OBANDO, el día 4 de octubre de 2016 había derogado el poder que le otorgara.
- A folio 23 obra el cheque del Banco de Bogotá girado al señor CRIOLLO

OBANDO el día 25 de febrero de 2016 por la suma de \$53.698.045, con comprobante de liquidación del pago expedido por PORVENIR S.A.

- El 7 de octubre de 2016 se remitió correo electrónico del señor GENDERSON CRIOLLO al demandante en el que le comunica que se pudieron dar cuenta que el poder estaba caducado desde diciembre del año anterior y que el jueves anterior se presentaron a PORVENIR S.A. donde les informaron que el poder estaba mal redactado, por lo que retiraron el cheque y que el lunes le consignarán su dinero en la cuenta de Davivienda.
- A folio 106 obra solicitud de cambio de beneficiario del cheque ya mencionado de fecha 31 de mayo de 2016 suscrita por el demandante JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ y con sello de recibido de PORVENIR S.A.

En el caso en estudio, no se aportó prueba alguna, documental o testimonial, respecto los términos del acuerdo al que habían llegado las partes para conferir mandato al actor y conforme a la documental antes relacionada se puede establecer que la señora demandada MARÍA ELSA VANEGAS DE CRIOLLO le dio al demandante JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ autorizaciones para solicitar información de la solicitud de su pensión de vejez y para aportar los documentos que se solicitaran por parte de la UGPP y para radicar el recurso de reposición y/o de apelación; sin embargo, no se demostró en el proceso que el actor hubiera hecho diligencia alguna ante la UGPP respecto de la pensión de vejez de la demandada, es decir, que presentara solicitudes de información, aportara documentos, allegara memoriales o interpusiera recursos ante la UGPP en relación con la pensión de la demandada y tampoco acreditó que la pensión le hubiera sido reconocida a la señora VANEGAS DE CRIOLLO, contrario a lo que indica en los hechos de la demanda.

Adicionalmente, no aportó prueba que acredite cuál fue el acuerdo al que llegaron respecto a los honorarios a cancelar.

En relación con el demandado ORLANDO CRIOLLO OBANDO es claro que le otorgó poder al demandante para radicar los documentos exigidos para la devolución de aportes, recibir los dineros, reclamar documentos, solicitar la información necesaria y aportar los documentos requeridos. También lo autorizó, para que le fuera girado el cheque a nombre del demandante JORGE EDUARDO SÁNCHEZ JIMÉNEZ. Sin embargo, conforme a la comunicación vista a folios 21 y 22 del archivo 1, la AFP PORVENIR S.A. le comunico al actor el 12 de octubre de

2016 que no era posible acceder a su solicitud de devolución de saldos, toda vez que el señor ORLANDO CRIOLLO OBANDO, el día 4 de octubre de 2016 había derogado el poder otorgado.

En atención a la mencionada comunicación, es posible concluir que el poder otorgado para esos trámite le fue revocado antes de que realizara las diligencias, y tampoco aportó prueba de haber presentado memoriales, solicitudes, documentación, etc, ante la AFP PORVENIR S.A., ni demostró por cualquier otro medio haber realizado gestión alguna, por lo que no es posible tener como prueba de las diligencias, el cheque del Banco de Bogotá girado al señor CRIOLLO OBANDO el día 25 de febrero de 2016 por la suma de \$53.698.045 por parte de PORVENIR S.A., sobre el cual indicó en los hechos de la demanda que lo recibió y devolvió al fondo por no estar a su nombre, pero sin allegar prueba de ello.

Ahora, los correos electrónicos no fueron remitidos por ninguno de los demandados, sino por un tercero de nombre GENDERSON CRIOLLO que no es parte en el proceso, por lo que no pueden ser tenidos como prueba del mandato.

Por último, si en gracia de discusión se aceptara que se había otorgado mandato para realizar las diligencias que indica el actor, y que esta labor se había cumplido con la expedición del cheque mencionado, debía acreditar el actor que el valor de los honorarios correspondía al 50% de tal suma, ya que no basta con informar que se acordó la suma de \$46.349.022 sino que debía probar dicho acuerdo o en su lugar, solicitar que se determinara en el proceso cuál era la remuneración usual para esta clase de actividades; lo que podía haber solicitado como prueba a través de un dictamen pericial, que no fue solicitado en el proceso y en consecuencia, se dirá que no probó cuál había sido el valor acordado como honorarios por sus servicios.

En consecuencia, se confirma la decisión tomada en primera instancia y se condena en costas a la parte actora, para lo que se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 9 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2022-00066-01
DEMANDANTE:	ANTONIO PÉREZ CELIS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación y consulta sentencia del 1º de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia del 4 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ANTONIO PÉREZ CELIS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-026-2022-00066-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó el demandante a la AFP PORVENIR S.A. por cuanto el actor no recibió información por parte del fondo, ni se le brindó buen consejo al momento del traslado, por lo que se debe declarar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los aportes en pensiones realizados por el actor, bonos, aportes adicionales, frutos e intereses a la demandada COLPENSIONES, y a ésta a recibir al afiliado y los dineros por parte de PORVENIR S.A.; se condene al pago de las costas del proceso y lo que ultra y extra petita que resulte probado.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor ANTONIO PÉREZ CELIS nació el 4 de junio de 1962 y se afilió al ISS desde el mes de agosto de 1984 hasta el mes de febrero de 1994, periodo durante el cual acumuló un total de 210.14 semanas y posteriormente se realizaron cotizaciones al ISS para los años 1999 y 2001 sin que a la fecha exista respuesta de los Fondos al respecto, lo que ocasionó que el actor creyera que estaba cotizando al ISS.

Que para el mes de octubre de 1997 los asesores de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. le manifestaron que allí podría obtener mejores beneficios a los que podría obtener con el régimen de prima media con prestación definida, pero no le informaron cuál era el capital que debía acumular para obtener la pensión, las inversiones que se realizarían con su capital, ni el tipo de riesgo que tendría o que podría tener pérdidas y no realizaron una proyección de su mesada pensional para determinar cuál régimen le beneficiaba.

El 19 de octubre de 2021 radicó derecho de petición ante la AFP PORVENIR S.A. solicitando se declarara la ineficacia y la proyección de su mesada pensional, lo que fue respondido de manera negativa e informando que su mesada pensional sería la suma de \$956.781 a la edad de 62 años allegando como soporte único de información el formulario de afiliación, en el que no se encuentran relacionados sus beneficiarios.

¹ Archivo 01 fs.1-22 Expediente Digital

En la misma fecha radicó derecho de petición ante CO9LPENSIONES mediante el cual solicitó la ineficacia del traslado y el consecuente retorno al régimen de prima media, lo que contestó de manera negativa mediante oficio del 27 de octubre de 2021.

Que realizada una proyección de la mesada pensional existiría una diferencia mensual de \$1.502.023 lo que perjudica al demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación al ISS. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma, manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 1º de marzo de 2023 (archivos 12 y 13), declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por el demandante a la AFP PORVENIR S.A. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de

² Archivo 04 y 06 Expediente Digital

administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado y a COLPENSIONES a recibirlos y a actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó a PROVENIR S.A. al pago de las costas del proceso y ordenó remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia desde el inicio de la creación del régimen existía la obligación y deber del fondo de pensiones de suministrar asesoría clara y suficiente al afiliado; la carga de la prueba se encontraba en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., respecto de lo cual solo se allegó el formulario de afiliación con lo que no se acreditaba la información correspondiente. Señaló que del interrogatorio de parte del demandante no era posible concluir que se hubiera suministrado la información necesaria para el traslado, como los riesgos que le acarrearía el traslado y las ventajas y desventajas que ello conllevaba, lo que tampoco puede ser convalidado por su permanencia en el RAIS, motivo por el cual declaró la ineficacia del traslado por no existir una decisión informada al demandante al momento de efectuarse el traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros a COLPENSIONES así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados y a COLPENSIONES a recibirlos y a actualizar la historia laboral del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación parcial respecto de la indexación ordenada en la decisión de primera instancia, para lo que argumentó que ello sería excluyente con la devolución de los rendimientos financieros, lo que implicaría otra sanción sobre el mismo concepto. Citó la Sentencia C-0161 de 2010 en relación a que la indexación es una actualización monetaria y la sentencia SL9316 de 2010 la Corte Suprema precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda y como dentro de las obligaciones del Fondo se encuentra la de garantizar una rentabilidad, esta sería

incompatible con la decisión de devolver de manera indexada los recursos pues no se han visto afectados con la inflación.

COLPENSIONES no interpuso recurso por lo que al respecto se revisará en consulta la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en consulta respecto de COLPENSIONES determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **ANTONIO PÉREZ CELIS** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. En apelación por parte de la AFP PORVENIR S.A. se revisará lo relacionado con la indexación que fura ordenada en la sentencia de primera instancia respecto de los gastos de administración, seguros previsionales y descuentos por concepto de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad,

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

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

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

alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien dio la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante y no a éste, como se pretende en el recurso de apelación.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PORVENIR S.A. el 28 de octubre de 1997** (f.72 archivo 06), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó ser representante de la demandada hace 8 meses y solo conoce lo que obra en el expediente administrativo del demandante, indicó que los asesores reciben una capacitación por la misma entidad sobre las características del régimen y la única prueba que existe sobre la asesoría, es el formulario de afiliación pues no se exigía otro requisito; desconoce que se le presentara un cálculo actuarial u otra información adicional pues no existía esta obligación.

Del interrogatorio del demandante **ANTONIO PÉREZ CELIS** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que la información fue grupal (500 personas); le dijeron que el ISS se acababa y que debía trasladarse o perderían lo que habían aportado; el formulario era muy sencillo y no contenía nada de información; lo suscribió de manera libre y voluntaria por el temor de que el ISS se acababa y quedaba desamparado. No le explicaron de rendimientos financieros, ni de los aportes voluntarios. No ha presentado reclamación y no sabe lo que pasó con la afiliación que hizo en el 2001 al ISS ya que no conocía para donde se estaban haciendo los aportes. Sabe por compañeros que por PORVENIR S.A. su pensión sería de un salario mínimo y siempre creyó que su pensión sería sobre un promedio y por eso consultó a un abogado y solicitó a COLPENSIONES la proyección de su mesada. No ha recibido extractos por parte de PORVENIR S.A. y la abogada fue quien le dijo cuáles eran los requisitos para pensionarse. Dijo que estaba afiliado al ISS desde 1984 y por su abogada supo que tenía 201 semanas cotizadas; no conocía que para pensionarse en el RAIS tenía que tener un capital mínimo ni las modalidades para pensión o los factores que utilizarían para pensionarse. Tampoco le informaron en el año 2014 que podía trasladarse a COLPENSIONES. (Min. 12:10 audio y acta de audiencia archivos 12 y 13).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

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

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

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por

el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

En **apelación** interpuesta por la AFP PORVENIR S.S., se procede a revisar la sentencia frente a la procedencia de la condena a indexar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, por cuanto considera la demandada que la indexación es incompatible con la devolución de los aportes con sus rendimientos.

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

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

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

Conforme con lo anterior, se debe tener en cuenta que si bien es cierto que la indexación es una actualización de la moneda como lo ha señalado la jurisprudencia; lo cierto es que, los dineros que fueron descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, para gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima no produjeron rendimientos financieros durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado al RAIS, precisamente porque no estaban destinados a conformar el capital para obtener su pensión sino a cubrir otros conceptos, razón por la que deben devolverse debidamente indexados. Esta situación es diferente de lo que sucede con los aportes o cotizaciones que efectuó el afiliado, pues estos sí tuvieron estos rendimientos.

Por lo anterior, no es de recibo lo manifestado por el recurrente en cuanto a la improcedencia al pago de la indexación ya que esta no se impone sino únicamente respecto a los dineros que fueron descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante para gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación n.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (negritas fuera de texto).*

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en todas sus partes. Costas en esta instancia por no haber prosperado el recurso interpuesto serán a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMA en todas sus partes la sentencia del 1º de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho 1SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2022-00112-01
DEMANDANTE:	LIBIA CASTELLANOS MARTÍNEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 6 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	Modificar condena en costas en primera instancia y confirmar en lo demás.

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la apelación parcial interpuesta por la parte actora respecto de la sentencia del 6 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LIBIA CASTELLANOS MARTÍNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-026-2022-00112-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), realizada por el demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. al no haberse realizado de manera informada libre y espontánea. Se declare que no existió solución de continuidad en la afiliación al RPM.

Se ordene al Fondo demandado la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, suma adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos y gastos de administración generados durante la afiliación. Ordenar a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos por el fondo y actualizar y corregir la historia laboral. Condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la demandante y condenar en costas a las demandadas.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare la nulidad del traslado de la demandante del RPM al RAIS y la nulidad de la afiliación a PROTECCIÓN S.A. Se declare que la demandante puede afiliarse al RPM sin solución de continuidad al no haberse realizado el traslado de manera informada, libre y espontánea. Se ordene al Fondo la devolución de los dineros, cotizaciones, sumas adicionales, aportes, rendimientos y gastos de administración y se ordene a COLPENSIONES a recibir al demandante y los dineros provenientes del Fondo. Al pago de los perjuicios morales causados y las costas del proceso.

Propone como segundas pretensiones subsidiarias se declare inexistente el acto por medio del cual la demandante realizó la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. Se declare que la demandante siempre ha permanecido afiliada al RPM sin solución de continuidad y se ordene al Fondo la devolución de los dineros mencionados en las pretensiones anteriores a COLPENSIONES y a esta a reactivar la afiliación de la demandante, a recibir los dineros provenientes de fondo, a actualizar la historia laboral de la actora. Se condene al fondo privado a reconocer y pagar los perjuicios morales causados y las costas del proceso.

¹ Fs. 6-29 Archivo 01
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de agosto de 1963 y laboró para diferentes entidades afiliada al ISS desde el año 1983.

El 27 de enero de 1995 debido a la falta de información suficiente y oportuna suscribió el formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladándose al RAIS sin conocer las características del RAIS ni del RPM pues el asesor en ningún momento le brindó un comparativo, ni le dio a conocer los riesgos que existían al trasladarse de régimen como que la pensión podía ser inferior a la que le correspondería en el RPM o que debía reunir un capital determinado para obtener la pensión, ni le explicó las modalidades que existían o que la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero o como se calculaba la mesada pensional, con lo que incumplió el deber de información.

Manifestó que realizada la protección de la pensión a la demandante les correspondería a los 57 años una pensión con garantía de pensión mínima equivalente a 1 SMMLV, mientras que en el RPM la mesada a los 58 años sería de \$2.321.121, lo que da como resultado una diferencia de \$1.321.121, con lo que es claro que el consentimiento de la demandante estuvo viciado debido a la falta de información.

El 15 de febrero de 2022 presentó solicitud a COLPENSIONES para que aceptara la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación a PROTECCIÓN S.A. lo que respondió negativamente el 16 de febrero de 2022.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado judicial, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante y negó o manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio.

² Fs 1-18 Archivo 7 fs. 14 y 3 a 17 archivo 10
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Por su parte la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la afiliada, su afiliación inicial al ISS y la reclamación. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos descritos en la demanda, y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolverla comisión y las primas de seguros cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de febrero de 2023, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante **LIBIA CASTELLANOS MARTÍNEZ** al régimen de ahorro individual con solidaridad. Condenó al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES la totalidad los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros, el porcentaje destinado a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Condenó a COLPENSIONES a aceptar dicha transferencia y a contabilizar para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia, para demostrar que el traslado se dio de manera libre y voluntaria se debía acreditar que se había suministrado una información clara y suficiente, carga de la prueba que le correspondía acreditar al fondo demandado y conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso, se evidenció que a la demandante no le fue brindada la información en la forma indicada de forma oportuna, es decir, al momento de la firma del formulario al afiliarse al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A.; único elemento probatorio aportado por la demandada y la demandante en su declaración reiteró que la suscripción del formulario se debió a la presión que existía por cuanto el ISS se acababa y temía se perdieran sus aportes; no se le explicaron las diferencias entre los regímenes y demás información pertinente para una decisión libre e informada, por lo que no encontró probado que la AFP demandada cumpliera con la carga de la prueba de demostrar que al

momento del traslado se había acatado el deber de información, por lo que no existió el consentimiento informado necesario para la validez del traslado por lo que declaró su ineficacia.

Consideró procedente ordenar al Fondo demandado la devolución de los aportes, bonos, rendimientos, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, seguros previsionales y los gastos de administración debidamente indexados y dada la declaratoria de ineficacia, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación de manera parcial, únicamente respecto de la condena en costas, para lo que manifiesta que COLPENSIONES debió ser condenada al pago de las costas del proceso por cuanto las pretensiones fueron concedidas y esta era una consecuencia directa conforme al artículo 365 del CGP.

Igualmente, se conocerá del presente asunto en el grado jurisdiccional de CONSULTA conforme al artículo 69 del C.P.T.S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y conforme al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación

realizada por **LIBIA CASTELLANOS MARTÍNEZ** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y si procede la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, como lo solicita la demandante recurrente.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la**

prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.
(Subraya el Despacho).

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

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

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

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante CESANTÍA Y PENSIONES COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A. el 27 de enero de 1995** (f. 56 archivo 10), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora **LIBIA CASTELLANOS MARTÍNEZ** fue clara al manifestar respecto al traslado que el del Fondo privado les manifestó que el ISS se acababa y que el asesor del fondo les dijo que ellos les colaboraban para que obtuvieran a futuro su pensión y no les dieron otra información. En cuanto a los beneficiarios solo les pidieron los datos de ellos, porque eran muchas personas en la empresa; ella firmó el formulario porque existía una presión por la crisis que tenía el ISS y se quedaban sin piso sus pensiones. Sabe que los dineros causan unos rendimientos que a veces baja y a veces sube pues recibe los extractos, pero no hace un análisis de ellos. Fue a PROTECCIÓN S.A. donde le informaron que se pensionaba con el mínimo cuando ella ha tenido buenos ingresos salariales para tener una buena vejez, y le manifestaron que allá estaba claro que no le habían dado ninguna asesoría y por eso buscó un abogado; cree que su pensión en COLPENSIONES es de \$2.300.000 conforme a su abogada. Que en el año 1995 no conocía los requisitos para pensionarse en el RPM ni conocía cuantas semanas tenía cotizadas en ese régimen. No le informaron que debía tener un mínimo de capital ahorrado ni las otras modalidades para pensionarse, la información de rendimientos la conoció por los extractos. (Min. 7:05. Archivo 15).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

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

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

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión de primera instancia en cuanto a declarar la ineficacia del traslado y a ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y seguros previsionales, haciendo referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de PROTECCIÓN S.A., por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que:

“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

En cuanto a la condena en costas que fue el objeto del recurso de apelación por la parte actora, es claro que en las pretensiones de la demanda se solicitó la condena en costas a las demandadas y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o

a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto...”, respecto de lo cual se observa que en el caso en estudio la demandada COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de fondo; sin embargo, resultó vencida en el proceso, razón por la cual le asiste razón a la parte actora en cuanto a la procedencia de la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, por lo que en este aspecto se modificará el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia en cuanto a condenar en costas a COLPENSIONES en cuantía igual a la condena impuesta a la AFP demandada, esto es en 1 SMMLV y se confirmará en lo demás la sentencia de primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se modificará el ordinal quinto de la sentencia objeto de estudio y se confirmará en lo demás. Sin costas en esta instancia.

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

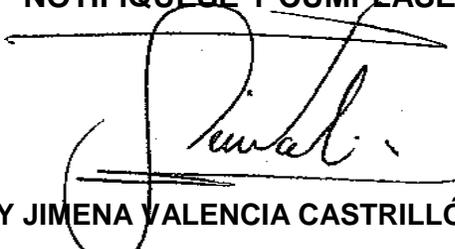
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia del 6 de febrero de 2023 en cuanto a **CONDENAR** en costas a la demandada COLPENSIONES en cuantía de 1 SMMLV y **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-028-2021-00325-01
DEMANDANTE:	MÓNICA EMPERATRIZ VELÁSQUEZ RIVERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 13 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 13 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MÓNICA EMPERATRIZ VELÁSQUEZ RIVERA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-028-2021-00325-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende la anulación del formato de afiliación al RAIS, e igualmente, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado desde el RPM al RAIS; como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a recibir nuevamente sus aportes a pensión y condenar en costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 24 de enero de 1971. Que cotizó al ISS desde septiembre de 1992 hasta diciembre de símil año. Que se afilió a la AFP Protección S.A., en donde viene efectuando cotizaciones desde el mes de febrero de 1999 hasta la fecha. Que los asesores de Colpensiones y Protección, a la fecha del traslado, no cumplieron con el deber de información a su cargo, como tampoco atendieron el deber de asesoría y buen consejo, ni el deber de doble asesoría, pues no le efectuaron ninguna proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, y menos aún sobre el valor de la pensión en cada régimen pensional. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado y la devolución de sus aportes al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A.²

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no existe vicio en del consentimiento en la afiliación a Protección que conlleve a la nulidad, ni ninguna causal de ineficacia. Agregó que la demandante se encuentra dentro de la limitante de los últimos 10 años para el cumplimiento de la edad de pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, que fuera modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Dijo que no hay lugar a devolver a Colpensiones intereses financieros, pues Protección no es poseedor de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento

¹ Páginas 3 a 11 Archivo 01 Expediente Digital

² Páginas 3 – 21 Archivo 08 Expediente Digital

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

COLPENSIONES³

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

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, pago de lo no debido y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante el 1º de abril de 1.999 ante la AFP PROTECCIÓN, y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPM administrado por COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN 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

³ Páginas 1 a 13 Archivo 09 Expediente Digital

invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al RPM y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que debe revocarse la condena en costas impuesta a la entidad, toda vez que en ningún momento hizo parte de la afiliación realizada por la actora al RAIS, pues solo fue una simple espectadora, lo cual imposibilita que sea parte de la decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la

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

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

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

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

la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (página 30 archivo 08 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia

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

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en referir que cuando se vinculó laboralmente con un Colegio de Cúcuta, le entregaron todos los documentos para el efecto, y supone que en ese momento le allegaron el documento de afiliación a la AFP Protección. (Min. 10:18 – 19:54 archivo de audio y video 17 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por la AFP del RAIS durante la permanencia de la actora en dicho régimen.

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

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia. Sin embargo, la A quo omitió referirse a los descuentos realizados con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos,

construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

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

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

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 13 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, en el

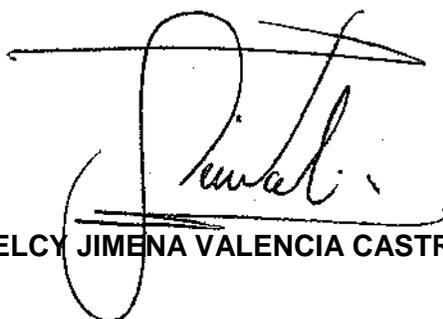
sentido de **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los descuentos realizados con destino al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a la entidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-029-2022-00151-01
DEMANDANTE:	DIANA BRICYID SÁNCHEZ COTE
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 10 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIONAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **DIANA BRICYID SÁNCHEZ COTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, las **AFP PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A** y **SKANDIA S.A.** con radicado No. **11001-31-05-029-2022-00151-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó la demandante el día 13 de agosto de 2011 del ISS a la AFP SKANDIA S.A. y como consecuencia se ordene a la AFP SKANDIA S.A. trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales. Se ordene a COLPENSIONES realizar las gestiones pertinentes a anular el traslado de régimen y a recibir a la demandante sin solución de continuidad. Lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de noviembre de 1967 y realizó aporte al RPM desde el 1º de abril de 1995 al 14 de agosto de 2001, por un total de 48.43 semanas.

El 13 de agosto de 2001 se trasladó a la AFP SKANDIA S.A. sin que su decisión estuviera precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP y posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN SA., sin recibir asesoría y desde su afiliación al RAIS ha cotizado 1105,14 semanas.

En los días 7 y 8 de abril de 2022 la actora solicitó a las demandadas su traslado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS y las cotizaciones efectuadas al RPM. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción, caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del

¹ Archivo 01 Expediente Digital

² Archivos 6,7,8 y 15 Expediente Digital

ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condenarla en costas y la innominada o genérica.

Por su parte COLFONDOS S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación presentada ante el Fondo; manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La AFP SKANDIA S.A. contestó la demanda a través de apoderado judicial, mediante la cual se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó la afiliación al RAIS y la reclamación presentada por la actora, negó o manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; la asesoría fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular de la afiliada; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado; configuración de imposibilidad del reintegro de prima de seguro previsional; compensación; prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y la genérica. Presentó solicitud de llamamiento en garantía en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con la aseguradora. (archivo 8 fs. 57-64)

La demandada AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda por intermedio de su apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al Fondo y la presentación de la reclamación de traslado al RPM. Negó o manifestó que no le constan los demás. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima de seguros cuando se declara la nulidad

y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica.

Aceptado el llamamiento en garantía, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó la demanda; se opuso a las pretensiones por ser pretensiones consecuenciales de la primera. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan y propuso como excepciones de fondo las que denominó: El acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sin estar medidas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA S.A.; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

Con respecto al llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó la existencia de las pólizas de seguros y el pago de las primas por parte del Fondo y negó los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA S.A., carencia de amparo o cobertura a SKANDIA S.A., frente a una condena MAPFRE S.A.; no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima de seguros ni otro valor o contraprestación a MAPFRE S.A.; no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia que afecte a la AFP y no esta obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguros y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante el 23 de agosto de 2001 a la AFP SKANDIA S.A.; declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS; ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a la que se encuentra afiliada a devolver a COLPENSIONES los aportes de la actora, incluyendo en dichas sumas las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas destinadas a garantía de pensión mínima en un término de 30 días y a

COLPENSIONES a recibirlos. No condenó en costas y Absolvió a COLFONDOS S.A. y a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones y dispuso remitir el proceso en consulta en favor de COLPENSIONES.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso la demandante se afilió inicialmente a COLPENSIONES y posteriormente realizó traslado al RAIS, por intermedio de las AFP demandadas y para el año 2001 en que ella se trasladó, existía la obligación de información y además, señaló que conforme a la jurisprudencia vigente era obligación de la AFP allegar la prueba de haber suministrado la información; sin embargo, se evidenció que a la demandante no le fue brindada información alguna, menos completa, necesaria y oportuna al momento de afiliarse al RAIS administrado en su momento por la AFP SKANDIA S.A., y como solamente se encuentra el formulario de afiliación suscrito en ese momento por la actora, no se evidencia que le hubieran brindado información alguna, pues del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, es claro que no se suministró a la demandante ninguna información ni fue asesorada de alguna manera en ninguno de los momentos, pues la decisión de traslado obedecía a decisiones de la empresa para la que laboraba, con lo que advirtió que las AFP demandadas faltaron al deber de información.

Consideró que es procedente ordenar la devolución a COLPENSIONES de los aportes, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima, pero no respecto a los gastos de administración y seguros previsionales y ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad, así como a recibir los dineros que se ordenó devolver. De otra parte, dada la declaratoria de ineficacia, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. No condenó en costas

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que se debe reintegrar a COLPENSIONES no solo los valores relacionados en la sentencia, sino también los gastos de administración y seguros previsionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó las solicitudes de vinculación ante las **AFP demandadas SKANDIA, COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A.** (f. 97. Archivo 7; fs. 18, 19 archivo 8 y f. 68 archivo 11), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se

puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó que en el año 2001 ingresó a COMPENSAR S.A. a laborar como médico, para lo que tuvo que cumplir una serie de requisitos de los cuales hizo parte el documento de afiliación suministrado por Talento Humano de la empresa; no tuvo ningún contacto con un asesor de SKANDIA S.A. Los traslados a los otros Fondos se dieron por acuerdos que tiene COMPENSAR con estas empresas y solo se acercó a Talento Humano a firmar la documentación, no le explicaron nada y no fue al Fondo a hacer alguna averiguación. Sobre las

circunstancias reiteró que eran decisiones organizacionales de COMPENSAR, pero no tuvo asesoría por parte de algún Fondo, sino que los formularios eran entregados por Talento Humano de COMPENSAR. No presentó reclamación o solicitud al Fondo pues confió en COMPENSAR. No preguntó sobre consecuencias de no trasladarse y no existió coacción de la empresa, sino que era el deber de acompañar a la organización para la que laboraba. Desconoce todo lo relacionado con requisitos para pensionarse con COLPENSIONES. (Min. 1-05.26 audio y acta de audiencia).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

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

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

Conforme con lo anterior, se debe modificar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y porcentajes de garantía de pensión mínima, incluyendo los gastos de administración y seguros previsionales, y, además, que todos los valores a devolver por concepto de

sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se modificará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud de los argumentos expuesto por COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en su numeral segundo, en relación con la devolución de los valores descontados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales durante la afiliación al RAIS. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos.

Sin Costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del

Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, los que deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-030-2021-00207-01
DEMANDANTE:	ELINES MERCEDES GÓMEZ PÉREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 6 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELINES MERCEDES GÓMEZ PÉREZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-030-2021-00207-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que el formulario de afiliación firmado ante la AFP Horizonte es falso, así como que no contó con la doble asesoría que verificara las diferencias y beneficios entre el RPM y el RAIS; como consecuencia de ello, se ordene su traslado del RAIS al RPM, con el capital ahorrado por ella, junto con los rendimientos económicos y gastos de administración, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar en el año 1995, afiliándose al otrora ISS hoy Colpensiones. Que conforme a certificación expedida por Colpensiones el 1º de marzo de 1998 se trasladó a un fondo privado de pensiones, sin embargo, al verificar el formulario de afiliación emitido por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., no reconoce como suya la firma allí impuesta, lo que fue aceptado por Porvenir S.A. en comunicación del 8 de abril de 2020. Que solicitó ante las demandadas dejar sin efecto la afiliación fraudulenta y reactivar su afiliación a Colpensiones. Que tampoco se le brindó la información necesaria para trasladarse de régimen pensional, esto es, los beneficios, desventajas y alternativas correspondientes a cada uno de los regímenes pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

Mediante auto del 20 de octubre de 2022, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.

COLPENSIONES³

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que no obra dentro del expediente investigación penal referente a la falsificación de la firma de la demandante, resaltando que resulta inverosímil que esta hubiese evidenciado las

¹ Páginas 1 a 8 Archivo 02 Expediente Digital

² Archivo 08 Expediente Digital

³ Páginas 3 a 29 Archivo 07 Expediente Digital

irregularidades en su traslado, sin haber formulado duda e inquietud sobre ello, pues no fue sino hasta después de pasados 23 años y faltándole 10 años para adquirir la edad de pensión, que decide solicitar su traslado al RPM, aduciendo engaño por parte de la AFP. Agregó que en caso de comprobarse la omisión de la AFP demandada en relación con el deber de información y buen consejo, esta debe aplicar a la afiliada las reglas del RPM para el cálculo de su pensión.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: En caso de que se demuestre la falta de información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir S.A. para que trate a la afiliada conforme a las reglas del RPM, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante el 1º de mayo de 1998, así como que se encuentra válidamente vinculada al RPM administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. a devolver 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 primas de seguro previsional y los descuentos efectuados para el fondo de garantía de pensión mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora, esto es, desde el 1º de mayo de 1998 hasta el que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración y primas de seguro previsional deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados; ordenó a Colpensiones, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen RPM; declaró no probadas las excepciones planteadas por Colpensiones y no impuso condena en costas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que desde la investigación efectuada en sede administrativa por la AFP Porvenir S.A. se constató que la firma plasmada en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte no corresponde a la rúbrica de la demandante, lo que implica que no está ratificada su voluntad de traslado, lo cual no se convalida con la afiliación efectuada posteriormente, ante la AFP Porvenir S.A.; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que quedó probado dentro del proceso que la afiliación de la demandante con la AFP Porvenir S.A. es nula, debido a que no cuenta con su propia manifestación, dado que el formulario de afiliación contaba con una firma que no era válida, como arrojó el estudio grafológico que se le dio a conocer a la parte accionante, sin embargo, se aparta de la decisión del A quo sobre los valores a trasladar a Colpensiones, porque administró los dineros de la activa que se encontraban vinculados en su cuenta de ahorro individual, por manera que los descuentos efectuados por gastos de administración, se efectuaron de manera legal y conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993, lo que también se deduce de los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de la aseguradora, los cuales también serían debitados por la administradora del RPM Colpensiones, en donde en todo caso los rendimientos son bastante bajos en relación con los causados en el RAIS, pues los frutos generados en la cuenta de ahorro de la demandante equivalen a un 60% de los aportes efectuados por esta. En ese orden, dijo que el traslado de los dineros de la activa al RPM deben incluir únicamente sus aportes y los descuentos al fondo de garantía de pensión mínima, sin indexación, ya que esta se encuentra incluida en los rendimientos financieros generados a favor de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la**

prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya la Sala).

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

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

Ahora bien, adicional a lo expuesto, cobra relevancia mencionar que las administradoras de pensiones también ostentan la obligación de garantizar el principio de veracidad de la información de sus afiliados, al punto que los datos personales de estos deben obedecer a circunstancias reales, por manera que no puede haber lugar a la administración de datos falsos o erróneos, puesto que su actuar debe atender las reglas de la información, manejo, guarda y custodia de los documentos de sus afiliados, máxime que como se anotó, es de su resorte verificar que la afiliación de sus usuarios se encuentre precedida del consentimiento informado, libre y voluntario.

Descendiendo al caso puesto a consideración de la Sala, se constata que la discusión planteada por la parte actora gira en torno a establecer si su

afiliación al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir se encuentra afectada por su ineficacia, en la medida que el formulario de afiliación ante dicha sociedad fue firmado por una persona diferente a su titular, y porque en todo caso no se le suministró la debida información al momento en que se celebró el acto de traslado.

Frente a ello, ha de indicarse que se encuentra demostrado que la demandante se afilió al otrora ISS del 1º de julio de 1995 al 31 de marzo de 1998, como da cuenta el detalle del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones (páginas 135 a 139 archivo 07 del ED); en igual sentido, se tiene que conforme a certificación expedida por Colpensiones de fecha 12 de noviembre de 2019, la demandante se trasladó al Fondo Horizonte desde el 1º de marzo de 1998 (página 21 archivo 02 del ED), constatando la Sala que en efecto obra formulario de afiliación diligenciado a nombre de la actora de fecha 1º de marzo de símil año, en el que se indica que la señora GÓMEZ PÉREZ se trasladó de régimen proveniente del ISS a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (página 19 archivo 02 del ED).

Dicho formulario, tal como lo destacó el Juzgado de Conocimiento, en efecto contiene una firma que no corresponde a la de la señora Elines Gómez, pues nótese que conforme al Informe de Análisis Grafológico emitido por perito en documentos cuestionados, del área de investigaciones de la propia AFP demandada Porvenir S.A., se tiene que *“Mediante el cotejo de las firmas se pudo observar discrepancias en los movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento, y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la firma que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa de la titular. FIRMA NO CORRESPONDE (...)”*⁴, lo cual fue ratificado por el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte practicado en las diligencias (min. 43:10 archivo de audio y video 11 del ED).

Conforme a lo anterior, se tiene que la demandante fue trasladada a la entonces AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., sin que ella suministrara su consentimiento libre e informado para el efecto, porque ni siquiera suscribió el formulario de afiliación a la administradora de fondos de pensiones del RAIS, por lo que resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora, pues además

⁴ Página 18 archivo 02 del ED.

del cumplimiento del deber de información, se debe atender como presupuesto mínimo para que la afiliación se pueda considerar válida, que el formulario de afiliación se encuentre debidamente diligenciado y firmado por el afiliado a las voces del artículo 4º del Decreto 1068 de 1995.

En ese sentido, se comparte la decisión del A quo de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos cobrados por las AFP del RAIS durante la permanencia la actora en dicho régimen, por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

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

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

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

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

la accionante estuvo afiliado a las Administradoras del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la cual si bien se ha referido a casos en los que se ha faltado al deber de información, lo cierto es que tal tesis también se aplica al caso planteado, toda vez que, la devolución de los dineros anotada, es una consecuencia de la ineficacia de traslado que también tiene aplicación al caso concreto, porque la parte actora no ha consentido su afiliación al RAIS, firmando el formulario de afiliación, como ya se anotó.

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

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

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

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

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

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos,

construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-038-2021-00489-01
DEMANDANTE:	YOLANDA MARÍA CELIS VARGAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 10 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **YOLANDA MARÍA CELIS VARGAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-038-2021-00489-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se declare la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación al RAIS y de las vinculaciones realizadas a los fondos privados PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., al igual que para todos los efectos legales puede elegir afiliarse al RPM, sin solución de continuidad; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos y gastos de administración, generados durante el tiempo en que dichas sumas estuvieron bajo su administración; ordenar a COLPENSIONES activar su afiliación, considerando que para todos los efectos legales su real decisión era estar afiliada al RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados, así como actualizar y corregir su historia laboral; condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los perjuicios morales estimados en 200 SMLMV y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 1º de noviembre de 1959, motivo por el cual cuenta con 61 años. Que cotizó al ISS desde el año 1981. Que el 22 de julio de 1.999 suscribió el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., sin recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna sobre el acto de traslado de régimen pensional. Que el 20 de mayo de 2003, por los móviles equivocados y sin recibir suficiente información, suscribió formulario de afiliación ante la AFP PORVENIR S.A. Que los asesores de las administradoras de fondos de pensiones convocadas, no contaban con título, ni formación profesional, o con capacitación adecuada, que los acreditara o les permitiera suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse. Que no se le explicaron las características del RPM, ni tampoco le brindaron un comparativo entre regímenes pensionales. Que únicamente se le indicó que al trasladarse al RAIS su condición pensional sería mucho mejor en cuanto al monto pensional, aunado a que el RPM desaparecería. Que solicitó ante las demandadas la ineficacia, nulidad o inexistencia de su traslado, sin embargo, sus peticiones fueron resueltas por las llamadas a la acción, en sentido desfavorable.

¹ Páginas 8 a 28 Archivo 01 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

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

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

COLFONDOS S.A.³

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por

² Páginas 1 a 36 Archivo 07 Expediente Digital

³ Páginas 1 a 24 Archivo 08 Expediente Digital

Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

COLPENSIONES⁴

La administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la demandante solicitó nulidad de traslado de régimen pensional y mesada pensional a COLPENSIONES encontrándose afiliada al RAIS, tiempo para el cual se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente, lo que imposibilita reactivar la afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por la demandante en el RAIS. Dijo que resulta inverosímil que la demandante, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta después de más de 22 años de encontrarse afiliada y después de acreditar menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, que decide solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 10 de febrero de 2023, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante, a través de la AFP Colfondos S.A. el 22 de junio de 1.999; ordenó a las demandadas que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPM administrado por COLPENSIONES, los recursos recaudados por cuenta de la demandante con destino a RAIS, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a este régimen, debiéndose transferir los

⁴ Páginas 2 a 30 Archivo 06 Expediente Digital

respectivos recursos debidamente indexados de acuerdo a la fórmula señalada en la decisión, contando las demandadas con un término de 30 días a partir de la ejecutoria de la sentencia para culminar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y en caso de ser insuficientes, se pagarán con los recursos propios de las AFP, en proporción al tiempo al que estuvo afiliada a estas administradoras, sin lugar a descuento alguno; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colfondos S.A.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMADANTE** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el Juzgado debió imponer condena en costas a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., como quiera que las pretensiones del libelo introductorio fueron concedidas, y las demandadas se opusieron activamente a las mismas e hicieron uso del interrogatorio de parte, de manera que debe acatarse lo previsto en el artículo 365 del CGP, en el sentido de condenar en costas a la parte vencida en el proceso.

La demandada **PORVENIR S.A.** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el traslado efectuado por la actora entre Colfondos S.A. y Porvenir S.A. se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, obrante en el expediente digital, el cual constituye una forma pre impresa autorizado por la ley, que representa esa libertad de afiliación que garantizó la AFP en virtud del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aunado a que observando el artículo 112 de la norma en

referencia, Porvenir S.A. dio aceptación al deseo de la activa de vincularse a la administradora, y como consecuencia de ello, administró su cuenta de manera diligente y de la cual se le mantuvo al tanto.

Adujo que no comparte la interpretación efectuada por el Juzgado respecto del material probatorio, toda vez que el formulario de afiliación por sí mismo es una prueba suficiente y no debe menospreciarse la consecuencia jurídica que genera su suscripción, pues ni es un mero requisito formal, ni una manifestación sin ningún efecto, porque la inexistencia de ese documento impide el traslado de la demandante a la AFP Porvenir S.A. Dijo que los afiliados tienen el deber de informarse sobre las condiciones de los regímenes a los que se encuentran vinculados, máxime que la actora provenía de otra administradora de régimen pensional.

Indicó que no es procedente devolver rendimientos financieros, gastos de administración y sumas previsionales debidamente indexados, pues deben estudiarse las restituciones mutuas que deben tenerse en cuenta, puesto que la AFP bajo la figura de la ineficacia, habría actuado como agente oficioso involuntario, pues creyendo administrar sus propios negocios, en realidad administró los de otro, al entregar unos rendimientos superiores que no se producen en el RPM, lo cual da lugar al reembolso de esa utilidad efectiva obtenida, y por ello, solo debe estar obligada a retornar los rendimientos que se hubieren producido en Colpensiones, además, los gastos de administración fueron descontados por mandato legal. Concluyó advirtiendo que la indexación representa una doble condena, porque los rendimientos financieros cubren con creces la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

La demandada **COLPENSIONES** apeló el fallo y, como sustento de su alzada, argumentó que el vínculo contractual generado a partir de la selección de régimen pensional genera obligaciones recíprocas en virtud del artículo 1495 del C.C., de suerte que el afiliado también tiene deberes para con la administradora de pensiones que elija, tal y como lo ha determinado el Decreto 2241 de 2010, que en su artículo 4º prevé las obligaciones de los consumidores financieros del sistema general de pensiones; por tanto, el deber de información se integra por una parte con el deber de asesoría y buen cuidado que deben suministrar las administradoras de fondos privados, y por otro lado, la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las

condiciones y modalidades que conforman los regímenes pensionales, que le permitan tomar una decisión con el debido cuidado y atención que merece la decisión de traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011,

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

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

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

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

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada, la cual no emana del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., pues nótese que este no fue allegado al plenario, al solo ser adosado el formulario suscrito con posterioridad

ante **PORVENIR S.A.** (página 102 archivo 07 ED), del que en todo caso, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues la demandante fue clara en referir que nunca efectuó ningún trámite para afiliarse a Colfondos, acotando que se enteró que estuvo afiliada a dicha AFP mucho después, cuando realizó todos los trámites para demandar. Que sí firmó el formulario de afiliación a Porvenir en una reunión celebrada en su oficina, en la cual le indicaron que suscribiera tal documento, sin recibir ninguna asesoría, pues no tuvo contacto con ninguna persona de dicha AFP (Min. 07:10 – 18:13 archivo de audio y video 17 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, durante su permanencia al RAIS.

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

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros. Sin embargo, el Juzgador omitió referirse de manera expresa a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como a los descuentos con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos estos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se

adicionará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

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

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

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó

que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

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

Finalmente, la demandante manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de condena en costas procesales de primera instancia, en contra de COLPENSIONES y PORVENIR. Al respecto, conveniente recordar por

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

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

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que la decisión del A quo debió incluir la condena en costas contra de las entidades en referencia, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de estas durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fueron vencidas en juicio, lo que implica que asuman la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a las **AFP COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los descuentos realizados por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo

a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada AFP, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

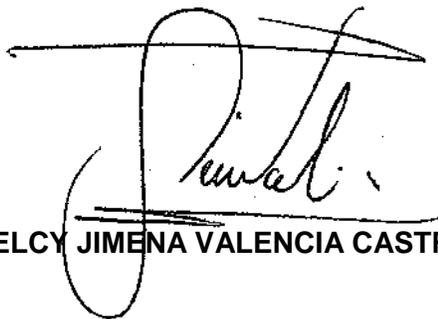
SEGUNDO: ADICIONAR el NUMERAL QUINTO de la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A.** y a **COLPENSIONES** a las costas de primera instancia, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2020-00646-02
DEMANDANTE:	FLOR MARINA RICO BLANDIÓN
DEMANDADO:	CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN
ASUNTO:	Apelación Sentencia 11 de febrero de 2022
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Reembolso gastos médicos
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 del Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDADA contra la sentencia de 11 de febrero de 2022, proferida la por Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **FLOR MARINA RICO BLANDIÓN** contra **CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN**, con radicado No. **11001-22-05-000-2022-00646-02**.

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

DEMANDA¹

La demandante FLOR MARINA RICO BLADION, actuando a nombre propio, presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para Funciones Jurisdiccionales y de Conciliación contra CAFESALUD EPS, para que mediante sentencia judicial, se ordene «*EL RECONOCIMIENTO ECONOMICO (sic) de la suma de \$4.373.000.00 (cuatro millones trescientos setenta y tres mil pesos MCTE) gastos en que incurrí por concepto de la atención de URGENCIA, en la entidad promotora de salud CLINICA DE OJOS “Clinojos”, S.A. Nit. 860.053.761-4, para lo cual fue indispensable endeudarme ya que no contaba con este dinero, causando intereses (5% mensual) y mi situación de cieguera era cada día más preocupante (...)».*

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el 24 de agosto de 2016 y estando listo el procedimiento de catarata ojo derecho, el mismo fue suspendido por orden de la Junta Directiva ante la cancelación del convenio con Cafesalud EPS, por motivos financieros. Relata que dicha empresa promotora emitió varias órdenes dirigidas a diversas IPS para los días 25 de agosto de 2016 y 17 de enero de 2017, pero sin poder obtener cita, lo que condujo a la realización de manera particular, dado el alto grado de cieguera.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada CAFESALUD EPS, a través de apoderado judicial, manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo para el efecto que «*En el presente caso, la solicitante no prueba la incapacidad e imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de la EPS. Pues **Cafesalud EPS S.A.**, en aras de garantizar la prestación del servicio, durante su afiliación emitió las autorizaciones de servicios a nombre de **FLOR MARINA RICO BLANDÓN**, para el tratamiento de su patología, ofreciendo además una red prestadora de servicios. Lo anterior, se evidencia en la información reportada por el área de auditoría médica de Cafesalud EPS, respecto de las atenciones en salud otorgadas la señora RICO BLANDÓN*». Agregando la ausencia de urgencia vital en el procedimiento desplegado por RICO BLANDIÓN.

¹ Archivo 1 Carpeta 1 del Expediente Digital

² Archivo 1 Subcarpeta 3 Carpeta 3 Expediente Digital

Propuso las excepciones de fondo que denominó: Ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso; el caso del paciente no es una urgencia vital; la IPS no solicitó autorización para la atención de la urgencia; los recursos de la salud tienen una destinación específica y las que se prueben en el curso del proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S2022-000074 del 11 de febrero de 2022, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, reconocer y pagar a la demandante la suma \$4.375.001.00, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 663 de 1999 y el Decreto 2555 de 2010.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, que no basta con que la ESP autorice los procedimientos ordenados por el médico tratante, sino que debe garantizar su realización oportuna por un prestador de servicios de salud, en tanto la sola autorización no garantiza la continuidad ni la integralidad de la atención; resaltando que si bien la condición de la paciente no constituía una urgencia médica, también lo es que al ser una usuaria con ojo único y de la tercera edad debía ser atendida con prioridad, concluyendo que se cumplen los presupuestos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 .

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, manifestó que el servicio brindado a la accionante no constituye una atención en urgencias, al ser programado de manera ambulatoria, lo que deja sin presupuesto el fundamento principal de la acción. Señala que la accionante de forma voluntaria y premeditada no asiste a la red prestadora de Cafesalud EPS, y decide acudir a otra IPS de manera particular. Añade que esa entidad autorizó todos los procedimientos necesarios para la

³ Archivo 3 Carpeta 4 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

realización de la cirugía, lo que hace inexplicable que persiguiera de manera particular su realización, no siendo de recibo aquella precisión de falta de efectividad, pues la misma actora adujo una ausencia de convenio cuando este sí estaba vigente. Manifiesta que no se cumple aquella pauta de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud, al expedir las autorizaciones que requería la usuaria, sin embargo, la paciente acude de forma particular a la Clínica de Ojos a que se le realicen los procedimientos que ya habían sido autorizados por la EPS, aunado a que la IPS en referencia atendió a la usuaria como particular cuando debió atenderla con cargo a la EPS, pues mediaba contrato como ya se mencionó. Concluye resaltando la intervención forzosa de liquidación y la necesidad de que la activa se haga parte en tal trámite para el pago de la sentencia, de confirmarse la decisión, aunado a que la EPS no se encuentra facultada a destinar los recursos de la Salud para fines diferentes a la atención de los usuarios, y es por ello que, no puede proceder con el reconocimiento y pago de valores sin el cumplimiento de los requisitos de ley⁴.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada⁵, el determinar si CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN está obligada a pagar los gastos en que presuntamente incurrió la peticionaria por concepto de atención de urgencia en la Clínica de Ojos Cliniojos y, si la promotora de la acción está obligada en hacerse parte del proceso de liquidación en el que se encuentra la entidad en mención para recibir el reembolso de los gastos médicos que le fueron ordenados por valor de \$4.375.001.00.

⁴ Archivo 1 carpeta 13 del Expediente Digital

⁵ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D.C.

CONSIDERACIONES

De esta manera, de un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del CPL, en especial, copia de historia clínica de la demandante (páginas 5 a 33 archivo 1 carpeta 1 ED), facturas de venta expedidas por la Clínica de Ojos Cliniojos (páginas 34 a 38 y 41 archivo 1 carpeta 1 del ED), cédula de ciudadanía de la demandante (página 45 archivo 1 carpeta 1 ED), cotización de servicios (páginas 46 a 47 archivo 1 carpeta 1 ED), derechos de petición elevados por la demandante (páginas 48 a 57 archivo 1 carpeta 1 ED), cuenta de cobro expedida por la demandante (página 58 archivo 1 carpeta 1 ED), respuesta emitida por Cafesalud EPS en Liquidación (páginas 59 a 62 archivo 1 carpeta 1 ED), probanzas respecto de las cuales se colige, que a la promotora de la acción el 15 de abril de 2016 le fue ordenada extracción de catarata por foco emulsificación más implante de lente intraocular ojo derecho (páginas 6 a 10 archivo 1 carpeta 1 ED), aunado a que debió asumir el valor de \$4.375.001 por concepto de dicho procedimiento, exámenes médicos, medicamentos y consulta por anestesiología y oftalmología (páginas 34 a 36, 38, 41 y 44 archivo 1 carpeta 1 del ED); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe controversia entre las partes en litigio.

En claro lo anterior, procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud, pueden pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

*«Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta **por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por*

un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente (...)» (Resalta de la Sala).

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS y demás entidades que administran los regímenes exceptuados en salud son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tengan contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sido atendido por una IPS que no disponga de contrato de servicios con la respectiva EPS al cual se encuentre adscrito.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS y los regímenes exceptuados, deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación, de todas las entidades que integran el sistema de salud, de prestar el servicio sin obstáculo alguno, porque no brindarlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona, más aún, cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional como lo es la señora FLOR MARINA RICO BALDIÓN, quien a la fecha cuenta con 80 años.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* estableció la configuración de tres supuestos fácticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vistas en los enunciados «*atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S.*» y «*en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*».

Ahora, procede la Sala a analizar los argumentos presentados por el recurrente y por los cuales, a su juicio, debe revocarse la decisión de primera instancia, frente a lo cual ha de indicar la Sala en primer lugar que, de la situación fáctica planteada en el escrito inicial y de las probanzas allegadas al proceso, es claro que la solicitud de reembolso peticionada por la actora no se encuentra amparada bajo el primer supuesto, como se indica en la alzada.

Ello, por cuanto la “*atención de urgencias*”, se encuentra definida por los artículos 9º y 10º de la Resolución 5261 de 1994, que establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a saber:

“ARTICULO 9o. URGENCIA. *Es la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.*

ARTICULO 10. ATENCION DE URGENCIAS. *La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia. Todas las entidades o establecimientos públicos o privados, que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema.*

Las urgencias se atenderán en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la E.P.S. o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras. La I.P.S. que presta el servicio recibirá de la E.P.S. el pago correspondiente con base en las tarifas pactadas o con las establecidas para el S.O.A.T. En todo caso es el médico quien define esta condición y cuando el paciente utilice estos servicios sin ser una urgencia deberá pagar el valor total de la atención. (...)” (Subraya fuera de texto).

No pudiéndose considerar la intervención quirúrgica realizada a la actora como una atención de urgencias, dado que en la historia clínica no existe concepto médico

alguno que así la catalogue y, por el contrario, en atención particular llevada a cabo el 27 de enero de 2017, el oftalmólogo tratante, indicó que el tratamiento recomendado es electivo y depende de la decisión del paciente realizarlo o no (páginas 22 a 23 archivo 1 carpeta 1 ED).

Se sigue de lo anterior, que le corresponde a esta Sala de Decisión establecer si la imposibilidad en la realización del procedimiento quirúrgico llevado a cabo en la humanidad de la convocante, y la posterior necesidad de asumirlo de manera particular, se vio enmarcada en la negligencia, imposibilidad o incapacidad de atención y seguimiento por la entidad promotora de salud convocada a la acción, para lo cual se advierte que la demandada el 11 de julio de 2016 emitió órdenes de autorización de servicios para implante de lente intraocular secundario y extracción extracapsular de cristalino por focoemulsificación ante la Clínica de Ojos, como se observa en las páginas 14 a 15 archivo 1 carpeta 1 del ED, no obstante, la misma demandante en su escrito introductor advirtió que tal procedimiento fue cancelado por la Junta Directiva de la institución prestadora, debido a la suspensión del convenio existente con Cafesalud EPS, por razones financieras, circunstancia que la EPS en referencia debió desvirtuar en el plenario, pues se trataba de la encargada de garantizar que contaba con la red prestadora de los servicios de salud requeridos por la paciente, sin embargo, en las diligencias no se advierte que a la fecha en que fueron expedidas dichas órdenes de servicios, existía contrato de prestación de servicios asistenciales vigente y en ejecución con la Clínica de Ojos, ya que el contrato obrante en el archivo 2 de la carpeta 11 del ED, data del 25 de noviembre de 2014, y sólo da cuenta de una vigencia de 1 año, sin que se constaten prórrogas del mismo.

Por manera que, no existe prueba en el expediente que permita al Tribunal advertir que el prestador Clínica de Ojos al cual fue remitido la demandante, para que le fuera realizado su procedimiento quirúrgico, se encontrara en total disposición de la paciente para dar cumplimiento a la orden médica que fue expedida por Cafesalud EPS, por virtud de la existencia de un convenio entre la IPS y la demandada para tales efectos.

Ahora bien, se encuentra probado que la llamada a la acción, con posterioridad, expidió cuatro autorizaciones de servicios a favor de la parte actora para consulta de primera vez por especialista en oftalmología, los días 25 de agosto de 2016, 27 de agosto de 2016, 8 de noviembre de 2016 y 27 de diciembre de 2016, ante los

prestadores Laser Center S.A. en el primer caso, Instituto Oftalmológico Salamanca S.A. losal, en las dos ocasiones subsiguientes y Centro Oftalmológico Gavavisión (páginas 16 a 18 y 21 archivo 1 carpeta 1 del ED), encontrando la Sala que en tratándose de la IPS losal, esta se negó a la prestación del servicio a la paciente, pues en correos electrónicos del 19 de noviembre y del 19 de diciembre de 2016, se le indicó que las líneas telefónicas se encuentran congestionadas y que no cuentan con agenda disponible, debido a la gran cantidad de pacientes que están siendo remitidos a la institución (páginas 19 a 20 archivo 1 carpeta 1 del ED).

En cuanto a las instituciones prestadores restantes, se advierte nota de la demandante, según la cual no había disponibilidad de agenda o no pudo comunicarse con la entidad, siendo carga de la parte pasiva demostrar que tanto la IPS Laser Center S.A. como el Centro Oftalmológico Gavavisión, como instituciones pertenecientes a su red de prestadores de servicios, tenían toda la disponibilidad para atender la consulta de la actora y el procedimiento quirúrgico que le fue ordenado, el cual en todo caso no se advierte autorizado ante estas entidades.

De suerte que, contrario a lo aducido en la alzada, en el *sub judice* sí se configura la negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios, pues a pesar que autorizó los servicios requeridos por la paciente, no lo hizo ante entidades prestadores que tuvieran la clara capacidad de atender la consulta por especialista, así como el procedimiento quirúrgico que le fuere prescrito a la demandante por parte de su médico tratante, pues no se encuentra acreditado en las diligencias que a la data en que fueron expedidas las órdenes correspondientes, estuvieren vigentes los diferentes convenios celebrados con las IPS anteriormente mencionadas, o que estas contaran con plena facultad y capacidad para cubrir el servicio de salud que era requerido por la señora Rico Blandión, a quien por el contrario se le negó el servicio de manera expresa por una de esas entidades.

Puestas así las cosas, considera la Sala de Decisión que acertó el A quo al acceder el reembolso solicitado, y como quiera que la demandada no debate el valor reconocido en la sentencia de primer grado, se procederá a confirmar la decisión sobre este puntual aspecto.

En cuanto al segundo aspecto en controversia, se tiene que el mismo radica en punto a la solicitud elevada por la pasiva relacionada con ordenar a la parte

actora hacerse parte del proceso liquidatorio, para efectos de que sea tenida en cuenta su acreencia dentro del mismo.

Al respecto, ha de precisar el Tribunal que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.

Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o

parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación.

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia dentro del proceso liquidatorio, ya fuera de manera oportuna o extemporánea; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la parte convocante

hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de los gastos en que incurrió, por valor de \$4.375.001, por concepto de gastos médicos para la realización del procedimiento quirúrgico “extracción de catarata por foco emulsificación más implante de lente intraocular ojo derecho”, que se le practicó en la CLÍNICA DE OJOS -CLINIOJOS S.A., porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de CAFESALUD EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el 26 de junio de 2017 (página 1 archivo 1 carpeta 1 ED), por manera que el liquidador debió constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían a la condena y, en todo caso, deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado, incluso en caso que el extremo activo no formule la respectiva reclamación dentro del proceso liquidatorio, pues la EPS fue notificada de la existencia del presente proceso y concurrió al mismo a través de apoderado judicial.

Así las cosas, no se accede a la solicitud elevada por la demandada, tendiente a que se ordene a la parte convocante, se haga parte del proceso liquidatorio mediante la radicación de su acreencia.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

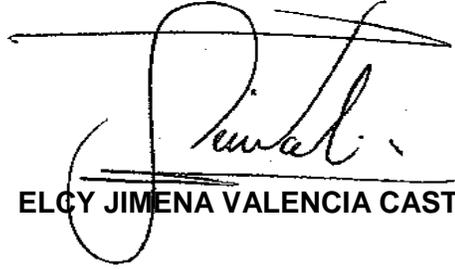
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia S-2022-000074 del 11 de febrero de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-030-2020-00413-01
DEMANDANTE:	ILSE ESPERANZA ORTÍZ CASTRO
DEMANDADO:	FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA
ASUNTO:	CONSULTA Sentencia 8 de abril de 2022
JUZGADO:	Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión Ley 171 de 1961
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de revisar en CONSULTA en favor de la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la sentencia del 8 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ILSE ESPERANZA ORTÍZ CASTRO** contra **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** con radicado No. **11001-31-05-030-2020-00413-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción pretende se declare que la actora adquirió el status para la pensión de jubilación restringida y/o pensión sanción de conformidad con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por lo que debe reconocerse esta prestación con las mesadas adicionales de junio y diciembre a partir de la fecha de su estructuración, actualizar la primera mesada pensional y reconocer el retroactivo pensional tomando en cuenta el IPC establecido por el DANE.

En consecuencia, solicita se condene al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer a la actora la pensión establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, las mesadas adicionales de junio y diciembre, actualizar la mesada pensional y los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso

Como sustento de sus pretensiones manifestó los hechos que a continuación se resumen:

Laboró con la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA como trabajadora oficial desde el 21 de diciembre de 1981 al 1º de junio de 1992, para un total de 10 años, 5 meses; relación laboral que terminó por liquidación de la empresa, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida y/o pensión sanción.

Nació el 8 de abril de 1957 y cumplió los 55 años en el año 2012, fecha desde la cual ha elevado peticiones al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA para que proceda al reconocimiento de la pensión, lo que fue negado por considerar que la demandante recibió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por

¹ Archivo 01 Fs. 48 a 66 y subsanación archivo 0
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

parte de COLPENSIONES, pues había cotizado al ISS con posterioridad a la terminación del contrato un total de 213 semanas con otras empresas.

Que dentro de la historia laboral de la demandante no aparecen aportes pensionales por parte del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES, quien nunca la afilió al ISS, ni giró valor alguno por concepto de cálculo actuarial.

El 6 de abril de 2017 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, lo que le fue reconocido mediante Resolución SUB 50198 del 2 de mayo de 2017 en cuantía de \$5.545.398

Ante la negativa del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en reconocer el derecho a la pensión deprecada solicitó a COLPENSIONES el 9 de febrero de 2018 la revocatoria directa del actor administrativo y pidió orientación para realizar la devolución de la indemnización, por lo que COLPENSIONES profirió la Resolución SUB 65563 del 9 de marzo de 2018 y la Resolución SUB 65795 mediante la cual se ordenó el reintegro de los valores girados a la demandante con su actualización en cuantía de \$5.772.205.

Nuevamente la demandante solicitó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA el reconocimiento de la pensión, lo que fue negado mediante Resolución 1649 del 24 de noviembre de 2017 con fundamento en la presunta incompatibilidad con la indemnización sustitutiva e interpuesto el recurso de reposición fue resuelto de manera negativa por medio de la Resolución 0389 del 15 de marzo de 2018.

El 15 de octubre de 2018 nuevamente solicitó el reconocimiento pensional, lo que fue negado con el argumento de no existir mérito para un nuevo análisis.

En la actualidad la demandante tiene 63 años, no se encuentra pensionada y no percibe suma alguna que pueda compensar su derecho prestacional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, buena fe del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de abril de 2022, declaró que la señora ILSE ESPERANZA ORTÍZA CASTRO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 en concordancia con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y condenó a la demandada a su reconocimiento y pago en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2017, esto es, en la suma de \$737.717 a partir del 16 de abril de 2017 por 13 mesadas anuales. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y condenó al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago del retroactivo por la suma de \$54.174.374 correspondiente a las mesadas causadas a la fecha de la sentencia. Condenó al pago de la indexación, la condenó al pago de las costas y ordenó remitir el proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

² Archivo 7 fs. 1-13 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamento de su decisión, manifestó que no hay discusión respecto al tiempo en que la demandante laboró para la demandada y conforme al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, la demandante cumplía los requisitos para el reconocimiento de la prestación a partir del 16 de abril de 2017 y conforme a la jurisprudencia, entre ellas, las sentencias SL9173 de 2017 y la SL 5704 de 2015 y la SL14532 de 2016, la liquidación de la empresa no es una justa causa para la terminación del contrato, por lo que procedía el reconocimiento de la pensión de vejez, dado que la pensión sanción no fue creada para asumir el riesgo de vejez sino como consecuencia de un despido sin justa causa y en consecuencia es compatible con la pensión de vejez.

En relación con la cuantía de la pensión señaló que se debía reconocer en un porcentaje del 39,160% en atención al tiempo de servicios (10 años, 5 meses y 10 días), indexada la mesada pensional a la fecha de cumplimiento de la edad (16 de abril de 2017) como factores a tener en cuenta para el efecto, incluyó los indicados en la sentencia Rad. 38885 de 26 de noviembre de 2014, para determinar como promedio de salario en el último año de servicios la suma de \$139.465,30 que actualizó a la fecha de reconocimiento de la pensión y aplicó al resultado el porcentaje del 39.160%, lo que le dio como resultado una mesada inferior al salario mínimo, por lo que reconoció una mesada equivalente a 1 SMMLV (\$737.717) por 13 mesadas anuales y liquidó el retroactivo pensional a la fecha de la sentencia, condenó al pago de la indexación. Negó los intereses de mora, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y la condenó al pago de las costas del proceso. Ordenó remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelada la decisión.

REVISIÓN EN CONSULTA

Procede la Sala a revisar el presente asunto en el grado jurisdiccional de CONSULTA de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T.S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo anterior, en atención al grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si la demandante tiene derecho a la pensión establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y en tal caso, la fecha de su causación, cuantía, retroactivo y número de mesadas anuales.

CONSIDERACIONES

Lo primero a analizar en atención al grado jurisdiccional de consulta, es la procedencia del reconocimiento de la pensión de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que dispone:

El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

(...)

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

(...)"

fue aceptado por la demandada tanto la fecha de nacimiento de la demandante (f. 47) como el tiempo de servicios superior a 10 años y con la demanda se allegaron los siguientes documentos que fueron aceptados con la contestación de la demanda:

Comunicación del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA dirigida a la demandante el 9 de enero de 1998, mediante la cual le informa que la pensión sanción continúa rigiéndose por lo establecido en la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969. (fs. 10-11 archivo 1).

Comunicación de fecha 30 de octubre de 1997 en la que la demandada informa a la actora que su pensión sanción se hará efectiva a partir de los 55 años de edad, es decir, a partir del 8 de abril de 2012 (f. 12 archivo 1).

Comunicación del 11 de septiembre de 2012 en que la demandada informa a la actora que niega la prestación por haber sido retirada por supresión del cargo. (fs. 13-14).

Comunicación del 25 de agosto de 1997 en la que informa que no reconoce la prestación por el mismo motivo y además le indica que una vez cumpla 60 años solicitar el reconocimiento pensional (f. 16).

Comunicación del 15 de febrero de 2019 (fs. 20-21) informando que no existe mérito para resolver nuevamente sobre la negativa al reconocimiento pensional.

Se allegaron las Resoluciones SUB65795 del 9 de marzo de 2018 (fs. 29-32) que ordena el reintegro de los valores pagados por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$5.772.205.

Resolución 1649 del 24 de noviembre de 2017 (fs. 38-42) expedida por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES que negó el reconocimiento pensional a la actora, con fundamento en el artículo 128 de la Constitución Política.

A folios 45 y 46 obra el reporte de semanas de cotización de la actora, conforme al cual no existe afiliación ni cotizaciones por cuenta de la demandada.

Para resolver se tendrá en cuenta que la C.S.J. en sentencia SL-496 de 2022, reiteró lo indicado en la sentencia SL4374 de 2020 sobre la compatibilidad de la pensión de vejez y la pensión sanción donde expresó lo siguiente:

"Así las cosas, la Corte debe determinar si la pensión por retiro establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 cubre el riesgo de vejez, y si la misma desaparece por la causación de la pensión de vejez otorgada por el ISS.

Al respecto, esta Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, sea la originada con el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni remplazadas por la de vejez que asumió el ISS conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, puesto que constituyen obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo es el empleador.

Lo anterior, en la medida en que la prestación restringida de jubilación mencionada contiene un carácter subjetivo, el cual clama por la estabilidad laboral de los trabajadores y que sanciona al empleador que los despedía luego de una cantidad considerable de años de servicios, por lo que no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez, y así fue recientemente reiterado y precisado por esta corporación en sentencia CSJ SL4374-2020..."

Mencionó que esta prestación tiene un carácter subjetivo, pues no fue instituida para cubrir el riesgo de vejez sino para garantizar la estabilidad del

trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio.

Por otro lado, es sabido que en forma reiterada lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, que las justas causas para terminar el contrato de trabajo a los servidores oficiales se encuentran indicadas taxativamente en los art. 26, 48, y 49 del Decreto 2127 de 1945, siendo las únicas que habilitan a las partes para terminar el vínculo laboral en forma legal y justa, y dentro de las cuales no se señala la "supresión del cargo", ya que así lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la sentencia SL14532 de 2016.

En consecuencia, se encuentra acreditado con la documental aportada, aceptada por la demandada, que la demandante cumplió los requisitos para tener derecho a la pensión sanción establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, toda vez que laboró para el extinto FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA por un periodo de 3760 días entre el 21 de diciembre de 1981 al 1º de junio de 1992, la relación laboral terminó por supresión del cargo y la demandante cumplió 60 años de edad el 8 de abril de 2017 conforme al registro civil de nacimiento (f. 87 archivo 1) fecha que se mantiene por cuanto no fue objeto de apelación, no obstante que se observa que la fecha de nacimiento fue el 8 de abril de 1957.

Ahora, respecto a los factores a tener en cuenta según lo indicado en la sentencia SL-13192 del 23 de septiembre de 2015, deben contabilizarse para este efecto lo consagrado en el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Como la demandante se desempeñó como trabajadora oficial, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido de llenar sus exigencias sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, y el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año que modificó el 3º de la ley anterior y de los factores allí establecidos sólo devengó durante el último año, como la vinculación laboral terminó el 1º de junio de 1992 se deben tener en cuenta los factores devengados en el último año y el porcentaje para fijar la mesada pensional será proporcional al tiempo de servicios.

Tomando para el efecto los últimos doce meses, como en efecto corresponde, la actora devengó, un valor superior al que señaló la sentencia de primera instancia (f. 37 archivo 7 contestación), que fue de \$139.465,30, suma que no fue objeto de apelación por la parte actora, motivo por el que se mantiene dicho valor como salario promedio devengado en el último año.

En relación con la indexación de la primera mesada pensional, esta es procedente como se ha establecido de vieja data, en la sentencia SL736-2013, del 16 de oct. 2013, Rad 47709, donde indicó lo siguiente:

"Una revisión de este último punto, impone a la Sala reconocer que la indexación resulta admisible también para pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, por encontrar suficientes fundamentos normativos que así lo autorizan.

Esta nueva orientación de la Sala encuentra respaldo en los siguientes argumentos: "i) Como lo había sostenido esta Sala de la Corte en las sentencias del 8 de febrero de 1996, Rad. 7996 y 5 de agosto de 1996, Rad. 8616, constituye un hecho notorio que los ingresos del trabajador sufren una pérdida significativa de su poder adquisitivo, cuando media un lapso considerable entre la fecha en la cual se retiran del servicio y aquella en la cual les es reconocida la pensión de jubilación. Asimismo, como también lo había reconocido la Sala, ese fenómeno impacta por igual a todas las pensiones de jubilación que se ven sometidas a la devaluación de la moneda, sin importar su naturaleza legal o

extralegal, o la fecha en la que hubieran sido reconocidas, entre otras, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es una realidad palpable con anterioridad y con posterioridad a la expedición de normas como la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993.

"Si las pensiones de jubilación se ven enfrentadas por igual al mismo fenómeno inflacionario, no existe, a primera vista, una razón o condición derivada de la fecha de su reconocimiento, que autorice un trato desigual, a la hora de adoptar correctivos como la indexación de los salarios tenidos en cuenta para la liquidación. Por lo mismo, para estos efectos, no deberían existir diferenciaciones o categorizaciones de pensionados, que pudieran resultar arbitrarias y contrarias al principio de igualdad."

Como en el caso en estudio la pensión reconocida se ve afectada por la inflación, ya que es un hecho notorio que los ingresos de la trabajadora sufrieron una pérdida significativa de su poder adquisitivo, toda vez que medió un lapso considerable de tiempo entre la fecha en la cual fue retirada del servicio (1992) y la fecha en que le es reconocida la pensión sanción (2017), es procedente la indexación de la primera mesada pensional.

Así las cosas, indexado el salario promedio devengado en el último año que se determinó en la suma de \$139.465,30,00 conforme a la fórmula indicada por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IPC inicial 11.180 y como IPC final 95.460, da como resultado la suma de \$1.190.819,10 al que se aplica el porcentaje de 3.160% correspondiente a la proporción de tiempo laborado, lo que arroja como resultado una mesada pensional inicial de \$466.324,75, valor inferior al salario mínimo que para el año 2017 era de \$737.717, por lo que la mesada pensional será reconocida por esta suma, con los correspondientes reajustes de ley por 13 mesadas anuales; aspecto este último sobre el cual tampoco interpuso recurso de apelación la parte demandante.

En cuanto al retroactivo pensional, le corresponde el pago del retroactivo entre el 16 de abril de 2017 que liquidado al 30 de marzo de 2022 con los reajustes de ley, valor que revisado corresponde a la suma liquidada por el juzgado y que deberá pagarse debidamente indexada.

En concordancia con lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia recurrida conforme a las motivaciones expuestas.

Sin costas en esta instancia por tratarse de revisión en consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-003-2021-0018-01
DEMANDANTE:	NUBIA SALAZAR ARIAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 18 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Indemnización sustitutiva
DECISIÓN:	MODIFICAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulado por las partes **NUBIA SALAZAR ARIAS** y **COLPENSIONES** y para revisión en consulta en su favor, respecto de la sentencia del 18 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NUBIA SALAZAR ARIAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-003-2021-001181-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, liquidada con un salario base de \$155.890,59, un total de 755.57 semanas de cotización y un promedio ponderado de 15,47%.

En consecuencia, solicita se ordene a la demandada reconocer y pagar a la actora la suma de \$18.218.153.91 por concepto de indemnización sustitutiva descontando la suma de \$4.463.747 ya reconocida y pagada a la demandante, para una diferencia pendiente de pago de \$13.574.406,91 que deberá pagarse debidamente indexada.

Ordenar a la demandada reconocer y pagar los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre la diferencia ya establecida, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

¹ Archivo 01 Fs. 2-7

² Archivo 6 fs. 2a 24 expediente digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de enero de 2023, condenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer a la demandante NUBIA SALAZAR ARIAS la diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida y la liquidada en la sentencia, conforme lo dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, valor que una vez indexado a la fecha de la providencia arroja un valor de \$226.459. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a COLPENSIONES. Ordenó remitir el proceso en consulta en favor de COLPENSIONES en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamento de su decisión, manifestó que se encuentra agotada la reclamación administrativa con las Resoluciones allegadas y no fue objeto de controversia que a la demandante le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por la suma de \$4.643.747 por lo que el objeto de controversia era el reajuste de la indemnización porque en criterio de la parte actora, la fórmula utilizada no corresponde a la realidad de las cifras.

Conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993 la indemnización sustitutiva se reconoce a las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, las que tendrán derecho a recibir una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado, por lo que COLPENSIONES le reconoció la indemnización por el valor ya indicado tomando en cuenta como salario base de cotización la suma de \$155.325,08 sobre lo que no existe controversia, y 755 semanas de cotización, además de un porcentaje promedio de cotización 3.959%, mientras que la parte actora considera que no se tuvieron en cuenta 0.57 semana y que el promedio ponderado debió ser de 15,47%.

Observo que los aportes correspondientes a los periodos comprendidos entre el 1º de noviembre de 2001 y el 31 de agosto de 2006 fueron bajo el régimen subsidiado por lo que, de conformidad con el artículo 22 del Decreto 3771 de 2007 para calcular la indemnización solo se tendrá en cuenta la parte del aporte realizado por el beneficiario y como COLPENSIONES no acreditó el monto del subsidio, carga de la prueba que le correspondía y quien no expuso la forma en que determinó el porcentaje, tuvo en cuenta el 25% del total de lo aportado en cada ciclo, es decir, como si tuviese un empleador, y realizado el cálculo de la indemnización conforme al artículo 3º del Decreto 1730 de 2001 y el Inciso 1º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la historia laboral, debieron contabilizarse 755,57 semanas con un salario base de cotización de \$159.618,92 y un promedio ponderado de cotización de 3.99460%, por lo que al aplicar la fórmula $I = SBC \times SC \times PPC$ daba como resultado una suma de \$4.817.616, y en consecuencia existe una diferencia con la indemnización sustitutiva reconocida por COLPENSIONES de \$174.152 que indexados a la fecha de la sentencia arrojaba como resultado la suma de \$226.459,00

Declaró improcedente la pretensión de los intereses moratorios pues se trata de una diferencia en el valor reconocido conforme a la sentencia Rad. 46984/2016. Declaró no probada la excepción de prescripción acorde con la sentencia SL4559 de 2019 y condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que conforme al principio de favorabilidad contenido en la sentencia T-190 de 2015 y el artículo 53 de la Constitución Política, se debe revisar el promedio ponderado de cotización ya que el Decreto 3771 de 2007 dejó un vacío jurídico que debe ser resuelto en favor de la demandante, pues ninguna norma indica que los aportes subsidiados se deban liquidar como lo hizo el Despacho. Por lo que considera que en torno a estos aportes se debe tener en cuenta el 15,47% como promedio ponderado de cotizaciones.

La demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación manifestando que la liquidación que efectuó COLPENSIONES se hizo conforme al Decreto 1730 de 2001 y Decreto 1158 de 1994 con el salario base de liquidación y el promedio ponderado que correspondía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada y en atención al grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si la actora tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva tomando en cuenta las cotizaciones efectuadas en el régimen subsidiado con un PPC del 15.47% en atención al principio de favorabilidad.

CONSIDERACIONES

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.- Esta Sala de Decisión procede a resolver el *sub iudice* puesto en su conocimiento, para lo cual juzga conveniente recordar que la indemnización sustitutiva fue reglada por el legislador en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al señalar:

«ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado».

Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1730 de 2001, que en sus artículos 1º y 4º estipuló:

«ARTÍCULO 1o. CAUSACIÓN DEL DERECHO. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

- a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;
(...)

ARTÍCULO 4o. REQUISITOS. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando...».

Se advierte en el caso en estudio que se encuentran acreditados los presupuestos fácticos para que la demandante sea beneficiaria de la indemnización sustitutiva pretendida, pues así lo ha reconocido COLPENSIONES en las Resoluciones SUB14613 del 17 de enero de 2018, SUB46296 del 23 de febrero de 2018 y DIR4606 del 1º de marzo de 2018, mediante las cuales se reconoció a la demandante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$4.643.747 cancelada en el mes de marzo de 2018 (fs. 19-36 archivo 1).

Ahora bien, establecido el derecho en cabeza de la demandante, procede la Sala al estudio del monto a reconocer, por lo que, necesario se torna remitirnos a lo previsto en el Decreto 1730 de 2001, que en su artículo 3º

estableció la modalidad liquidatoria de la indemnización sustitutiva al estipular que «*para determinar el valor de la indemnización*» debe aplicarse la fórmula « $I = SBC \times SC \times PPC$ » que comporta los siguientes conceptos; SBC atañe al «*salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE*», a su turno, SC corresponde a la «*suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento*» y PPC al promedio ponderado de porcentajes «*sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento*» y aclarando que:

«En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993».

En lo que respecta a los porcentajes de cotización que fueron objeto de subsidio, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2000 dispuso que el porcentaje de cotización sería el previsto en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en la versión del artículo 7° de la Ley 797 de 2003. Igualmente, debe tenerse en cuenta que de conformidad con los artículos 25 y siguientes de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad Pensional es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo objeto es subsidiar los aportes de los trabajadores

asalariados o independientes del sector rural y urbano al Régimen General de Pensiones, cuando aquellos carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte.

Dicho subsidio es concedido parcialmente para reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último, en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización; en concreto, el artículo 19 del Decreto 3771 de 2007 establece que corresponde al trabajador independiente el pago de un porcentaje del aporte, pues el restante será subsidiado por el Estado.

Sentadas las anteriores premisas legales, para efectos de realizar la liquidación de la atendida indemnización y con el objetivo de comprobar el número de aportes del demandante, se tuvo en cuenta el último reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones y con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, se procedió a efectuar la liquidación de la indemnización sustitutiva, documento que se anexa a esta providencia, atendiendo los lineamientos de la norma *ejusdem*, dimanando como cuantía única por concepto de indemnización sustitutiva un valor de \$19.450.229 que es superior al reconocido por el juzgado y al pagado por parte de COLPENSIONES, por lo que, no es acertado el fundamento en que se sustenta el recurso de apelación de COLPENSIONES, toda vez que conforme a las normas aplicables al caso de la indemnización sustitutiva, es claro que existe una diferencia entre la indemnización reconocida y la liquidada en este asunto, razón por la que se modificará el monto reconocido por el A-quo en el ordinal primero de la sentencia recurrida, para en su lugar determinar que por concepto de la indemnización sustitutiva el valor total que le corresponde a la demandante es la suma de \$19.450.229, valor al que se debe restar el valor ya reconocido y cancelado de \$4.643.747 por COLPENSIONES, para una diferencia pendiente de cancelar de \$14.806.482 que deberá cancelar la demandada con la indexación correspondiente al momento del pago.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

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

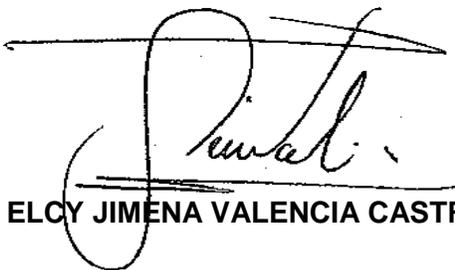
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia del 18 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a indicar que el valor correspondiente a la diferencia pendiente de pago por parte de COLPENSIONES por concepto de indemnización sustitutiva es la suma de \$14.806.482 que deberá cancelar debidamente indexada al momento del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-003-2021-00204-01
DEMANDANTE:	LUZ NELLY RUIZ OSPINA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 30 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y en consulta en su favor, contra la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ NELLY RUIZ OSPINA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA AFP COLFONDOS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-003-2021-00204-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó a la AFP COLFONDOS S.A. ante la omisión del deber de información; se declare que la demandante siempre permaneció en el RPM sin solución de continuidad y en consecuencia se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales, rendimientos y gastos de administración y se ordene a COLPENSIONES recibir estos dineros y a actualizar la historia laboral de la demandante. Se condene a lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso y al pago de las costas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 30 de junio de 1960 y se afilió al ISS donde cotizó con varias empresas hasta el 1 de noviembre de 1996, fecha en que debido a una campaña de desinformación de las AFP en general, ella firmó un formulario de traslado de régimen sin que el asesor comercial le indicara la naturaleza propia del RAIS, sus características, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas del cambio de régimen, ni las condiciones que debía cumplir para obtener la pensión tanto en el RAIS como en el RPM en condiciones dignas al momento de su retiro.

Que antes de cumplir 10 años para alcanzar la edad de 57 años no le informaron que finalizaba el término para iniciar los trámites tendientes a retomar el RPM, el cual convenía a los intereses de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación al RAIS. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo No. 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de

¹ Archivo 01 fs. 8-28 Expediente Digital

² Archivos 06 fs. 1-21 y archivo 07 fs. 5-17 Expediente Digital

COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la AFP COLFONDOS S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y negó los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de enero de 2023 (archivos 14 y 15), declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP COLFONDOS S.A. el 9 de noviembre de 1996 para entenderla vinculada a COLPENSIONES sin solución de continuidad. Condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros que recibió por concepto de cotizaciones con sus rendimientos financieros y ordenó devolver los porcentajes correspondientes a la garantía de pensión mínima, los gastos de administración y primas de seguros previsionales con cargo a sus recursos propios. Ordenó a COLPENSIONES recibir los mencionados dineros, a reactivar su afiliación de la demandante sin solución de continuidad y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó a las demandadas al pago de las costas del proceso y ordenó remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que, el formulario de afiliación suscrito por la demandante no era prueba suficiente de haber suministrado una asesoría clara y completa a la actora previo al traslado de régimen, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia, lo que acarrea como consecuencia la ineficacia de la afiliación. En relación con la carga de la prueba de la asesoría señaló que conforme a la jurisprudencia esta le correspondía al Fondo y en el caso en concreto, solo se allegó como prueba el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte

absuelto por la demandante de donde no era posible concluir que se hubiera suministrado la información necesaria para el traslado de régimen con el conocimiento de las ventajas y desventajas, así como los riesgos que le acarrearía el traslado, ya que su declaración no benefició en nada a la parte contraria, por lo que consideró que el traslado de régimen no fue libre y voluntario pues la obligación de asesoría existía desde la creación del RAIS, lo que no podía ser convalidado con su permanencia de la afiliada en el RAIS, motivo por el cual declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante y ordenó a COLFONDOS trasladar los dineros de la cuenta de la demandante a COLPENSIONES, junto con los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición por edad para trasladarse del régimen; que la demandante no fue obligada a trasladarse y sus decisiones fueron voluntarias y libres, por lo que no se dan los presupuestos para la nulidad o ineficacia del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **LUZ NELLY**

RUIZ OPINA al régimen de ahorro individual administrado en su caso por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditaron las demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante y no la afiliada, como se pretende en el recurso de apelación.

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP COLFONDOS S.A. conforme lo manifiesta la actora en la demanda**, pues no se allegó el formulario de afiliación al RAIS sino el reporte del estado de cuenta de la demandante (fs. 94 a 113), de lo que no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante **LUZ NELLY RUIZ OSPINA** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado, que en 1996 el jefe de recursos humano donde laboraba, los invitó a una reunión con el asesor de COLFONDOS quien les indicó que los fondos habían sido creados como un modelo muy efectivo para las pensiones de los trabajadores y que el ISS tenía una situación financiera que ocasionaría su liquidación lo que la preocupó porque ya tenía 11 años de cotizaciones, Que por estar en el sector financiero se responsabilizaban de los aportes y que podían retirar sus ahorros cuando se quedaran sin empleo. No solicitó asesoría a COLPENSIONES porque creyó en lo que le dijo el Fondo Privado. Recibe los extractos hace unos 5 años y solicitó hace unos 5 años a COLFONDOS información sobre su pensión, quien le dijo que tendría una pensión de un salario mínimo, por lo que se angustió ante esta situación. Que en el año 1996 ni en el 2012 fue al ISS a pedir información, porque creyó en lo que le dijo el asesor y no le dio más importancia. (Min. 10:26 audio y acta de audiencia archivo 14).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos

e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión del A quo en cuanto ordenó trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y porcentajes de garantía de pensión mínima, incluyendo los gastos de administración y seguros previsionales, con cargo a los recursos de la AFP PORVENIR S.A., por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se modificará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud de los argumentos expuesto por COLPENSIONES.

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

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden*

establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

Por último, respecto a que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para traslado de fondo, esto es, dentro de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, se reitera que no se trata el caso en estudio de un traslado de régimen, como tampoco de la nulidad del traslado, sino de la ineficacia de éste, por lo que decretada la ineficacia del traslado, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que éste se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, razón por la cual no aplica al caso en estudio esta prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será

confirmada en su totalidad

Costas en esta instancia por no haber prosperado el recurso interpuesto serán a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1SMMLV.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-005-2019-004417-01
DEMANDANTE:	JANNETH ROJAS LONDOÑO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 23 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Skandia y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JANNETH ROJAS LONDOÑO RAMÍREZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** con radicado No. **11001-31-05-005-2019-00417-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se reconozca la ineficacia de la afiliación al RAIS realizada a través de la AFP Porvenir S.A., al igual que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM; como consecuencia de ello, condenar a Colpensiones a aceptar su traslado, procediendo a inscribirla al RPM; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos financieros que se hubieren causados, debidamente indexados, sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de seguro de invalidez y sobrevivencia o deterioros sufridos por el bien administrado, como las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita que se declare la responsabilidad de Porvenir S.A. por las acciones, infracciones, errores u omisiones del intermediario comercial, que no la informó o asesoró en el traslado de régimen pensional, causándole perjuicios a sus intereses económicos, y en consecuencia, se condene a la AFP al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el traslado del régimen pensional, por lucro cesante, representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondía en el RPM y el valor de la mesada que le corresponde en el RAIS, junto con el daño emergente representado en todas las comisiones por administración que fueron cobradas, todo ello con cargo a sus propios recursos.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 31 de marzo de 1966. Que se afilió al ISS desde el 12 de octubre de 1.988 hasta el 30 de noviembre de 1998. Que el 10 de octubre de 1998 se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir S.A., cuando fue abordada por una agente comercial

¹ Páginas 2 a 25 Archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de la sociedad que no ostentaba las calidades que exige la ley, esto es, idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado para la labor de ofrecer una afiliación de pensiones. Que la AFP en mención, no le suministró información suficiente, mínima y necesaria que le permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, la toma de una decisión que se ajustara mejor a sus intereses, faltando a su deber legal de información. Que conforme a proyecciones realizadas, el valor de la pensión en el RPM resulta mucho mayor a la pensión que obtendría en el RAIS, lo cual le ocasiona un perjuicio. Que solicitó su traslado ante Colpensiones, lo cual fue rechazado por la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.²

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre, espontánea e informada, como se aprecia de la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 a 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT.

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

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

La demandada SKANDIA S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y como argumentos de defensa, manifestó que la afiliación realizada

² Archivo 14 del expediente digital.

³ Páginas 23 a 20 archivo 20 del expediente digital.

por la señora JANETH ROJAS LONDOÑO con la AFP se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, del 1º de septiembre de 2003 al 31 de mayo de 2014 y, conforme a los postulados de buena fe. En consecuencia, en lo que respecta a la afiliación con SKANDIA, es totalmente válida, goza de validez y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales que regulan el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad alguna que invalide o pretenda invalidar una afiliación al RAIS por la señora JANETH ROJAS LONDOÑO.

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

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.⁴

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la actora abandonó el RPM en forma voluntaria, a más que no cumple con los requisitos de ley para su recuperación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁵

⁴ Archivo 07 del expediente digital.

⁵ Páginas 2 a 26 Archivo 25 del expediente digital.

La llamada en garantía MAPFRE, formuló su oposición a la prosperidad de las pretensiones aducidas en la demanda en lo que tiene que ver con Skandia S.A., por considerar en síntesis que, cuando la parte demandante se afilió a la AFP en mención, no cambió de régimen pensional, sino que operó un traslado de un Fondo de Pensiones a otro, de la AFP PORVENIR S.A. a la AFP SKANDIA S.A, por lo que se trató de una mutación en línea horizontal y ello equivale a que jurídicamente la aquí actora conservó su estatus; no se trató de un cambio del RPM al RAIS, además, Skandia cumplió a cabalidad con sus deberes de información en consideración al tipo de traslado que voluntariamente el afiliado realizaba y a la época en que ello ocurrió.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: El acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fue debidamente informado y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad o ineficacia material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandada se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, frente a la acción material ejercida por la parte demandante Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE, MAPFRE no se encuentra, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante -Skandia S.A.- y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia del derecho contractual por parte de la AFP Skandia S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, realizado a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.; ordenó a Porvenir S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral; absolvió a Skandia S.A. de las pretensiones de la demanda principal y condenó en costas a Skandia S.A. a favor de Mapfre S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de hecho que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Sobre el llamamiento en garantía dijo que la póliza no ampara los perjuicios derivados de las actuaciones de los fondos de pensiones, sin que se avizore por parte de Mapfre el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por manera que no existe fundamento legal y jurisprudencial que justifique el llamamiento en garantía, por lo que proceden costas a su favor y en contra de Skandia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA SKANDIA S.A.**, formuló recurso de apelación, aduciendo que no es procedente la condena en costas a favor de Mapfre, por cuanto la AFP ha actuado bajo los principios constitucionales de buena fe, lealtad procesal, sin temeridad y cumpliendo la ley, aunado a que el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, establece que la condena en costas procede teniendo en cuenta

la calidad y duración del proceso. Dijo que el Juzgado de Conocimiento denegó el interrogatorio de parte, por manera que la defensa de la llamada en garantía se limitó a contestar la demanda, siendo claro que no se desplegó un amplio debate probatorio que justifique la condena en costas a favor de la llamada en garantía.

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que la entidad nada tuvo que ver en el acto de traslado de la demandante, por manera que no se justifica que deba acoger nuevamente a la actora y posteriormente reconocer a su favor un eventual derecho pensional. Añadió que la activa realizó cotizaciones a los fondos de pensiones por más de 20 años y efectuó traslados horizontales, lo cual se corresponde con actos de relacionamiento definidos en la sentencia SL3752-2020, mismos que evidencian el deseo del afiliado de pertenecer al RAIS, por manera que la decisión debe ser revocada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no

los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JANNETH ROJAS LONDOÑO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, y si es procedente la condena en costas impuesta a SKANDIA.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar a la afiliada la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación

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

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

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

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

interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 57 archivo 01 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante **SKANDIA S.A.** (página 35 archivo 20 ED) y **PORVENIR S.A.** (página 42 archivo 14 ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual

se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que se trasladó al RAIS porque el asesor de la AFP Horizonte en una reunión que no tuvo una duración mayor a 10 minutos, le dijo que al ISS lo iban a cerrar y que por ello tendría inconvenientes para recibir su pensión, de manera que ante ese riesgo tomó la decisión de afiliarse a la AFP (Min. 11:30 – 23:22:13 archivo de audio y video 32 ED).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la promotora de la acción y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro

individual de la afiliada, incluidos los rendimientos financieros generados, sin que sea procedente considerar la tesis de los diversos traslados efectuados por la actora, a la luz de los actos de relacionamiento, toda vez que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, mediante la sentencia STP15228-2021, ordenó a la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, deje sin efecto el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021 y resuelva nuevamente el recurso extraordinario de casación, acatando los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral – permanente en relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional o, surta el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, con el fin que la Sala permanente se pronuncie sobre la necesidad de modificar la línea jurisprudencial relativa a la consideración de los llamados «actos de relacionamiento» como factor de definición de la eficacia del traslado de régimen pensional, pues es reiterada su jurisprudencia según la cual los diversos traslados no subsanan la ineficacia que se genera en el acto de traslado, cuando se desconoce el deber de información.

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

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

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

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros; sin embargo, se observa que se omitió disponer que todas las AFP demandadas trasladen con destino a Colpensiones los gastos de administración, e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada administradora del RAIS, por manera que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de adicionarse la sentencia opugnada sobre este aspecto, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como

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

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

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

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

Finalmente, la demandada **SKANDIA** manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales impuestas en

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

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

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que fue acertada la decisión del A quo de imponer condena en costas contra Skandia y a favor de la aseguradora Mapfre, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues nótese que el llamamiento en garantía que formuló respecto de dicha sociedad no salió avante, resultando la AFP vencida en el proceso, respecto de este puntual aspecto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago a favor de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A. y a SKANDIA S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada AFP, debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-005-2021-00377-01
DEMANDANTE:	GIOVANNI FAJARDO UTRIA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 4 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	ADICIONAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia del 4 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GIOVANNI FAJARDO UTRIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-005-2021-00377-01**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el demandante a la AFP PORVENIR S.A. por

¹ Archivo 01 fs.1-22 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

cuanto el actor no recibió información alguna por parte del fondo, ni brindo buen consejo al momento del traslado y por lo tanto se declare su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los aportes en pensiones realizados por la actora, bonos, aportes adicionales, frutos e intereses a la demandada COLPENSIONES, y a ésta a recibirlos al afiliado y los aportes con sus rendimientos y se condene al pago de las costas del proceso y lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor GIOVANNI FAJARDO UTRIA nació el 4 de abril de 1960 y se vinculó al ISS desde el año 1987 y se afilió a la AFP PORVENIR S.A.S en el mes de febrero del año 2000 donde ha permanecido hasta la fecha, sin que se le informara si le era beneficioso el traslado a la AFP demandada, sino que le informaron los beneficios de esta afiliado con ellos ya que en esos momento el ISS se veía afectado por una crisis; que en el Fondo la pensión sería mayor sin informar cuáles eran los requisitos para obtener la pensión en el RAIS ni indicarle que podía trasladarse del régimen antes de cumplir los 52 años.

El actor presentó solicitud de traslado a COLPENSIONES el 3 de febrero de 2020, lo que fue negado en la misma fecha aduciendo que no era procedente su trámite por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse.

El 9 de julio de 2020 acudió a PORVENIR S.A. para que le proyectaran su pensión de vejez donde le manifestaron que a los 62 años le correspondía una devolución total de los aportes más los rendimientos y el bono pensional y en caso de continuar cotizando obtendría a los 63 años una pensión de garantía de pensión mínima.

Que en el RPM con el IBC de los últimos 10 años tendría derecho a una mesada pensional de \$3.012.192, por lo que considera que la AFP PORVENIR S.A. faltó en su deber de brindar un buen consejo al actor al no explicar los pro y contras del traslado de régimen, por lo que su traslado carece de legalidad y validez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS; las cotizaciones efectuadas al RPM, la reclamación presentada y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación,, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma, manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de octubre de 2022} (archivos 12 y 13), declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por el demandante a la AFP PORVENIR S.A. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional, los rendimientos e intereses y a COLPENSIONES a recibirlos y a actualizar la historia laboral. Condenó a PROVENIR S.A. al pago de las costas del proceso y ordenó remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia desde el inicio de la creación del régimen existía la obligación y deber del fondo de pensiones de suministrar asesoría clara y suficiente al afiliado y en

² Archivos 06, 07 contestaciones Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

relación con la carga de la prueba de la asesoría esta le correspondía al Fondo, respecto de lo cual no se allegó prueba alguna de haber suministrado una información cualificada y no le correspondía al afiliado como lo pretenden las demandadas ni se cumplía con la firma del formulario de afiliación. Señaló que del interrogatorio de parte no era posible concluir que se hubiera suministrado la información necesaria para el traslado, así como los riesgos que le acarrearía el traslado, por lo que su aceptación no podía ser convalidada con su permanencia en el RAIS, motivo por el cual declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales a COLPENSIONES y a ésta a recibir al demandante en el RPM sin solución de continuidad, a recibir los dineros trasladados por la AFP y a actualizar la historia laboral del afiliado. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelado.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que se debe absolver a COLPENSIONES por cuanto no tuvo nada que ver en el traslado del demandante y que el actor aportó al RAIS durante más de 20 años. Señaló que existe la imposibilidad de traslado por estar a menos de 10 años, lo que el demandante hubiera podido evitar al trasladarse a COLPENSIONES en su oportunidad, esto es al momento en que se creó COLPENSIONES e independientemente de que el fondo no le hubiera informado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **GIOVANNI FAJARDO UTRIA** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. En consulta se revisará lo relacionado con la devolución de dineros correspondientes a la garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales a COLPENSIONES

CONSIDERACIONES

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

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

a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien dio la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del

traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante y no a éste, como se pretende en el recurso de apelación.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 2000** (f.96 archivo 06), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante **GIOVANNI FAJARDO UTRIA** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que le dijeron que en ese tiempo estaba mal el ISS y que sería mucho mejor trasladarse a PORVENIR S.A., por lo que se hizo mucha propaganda a los fondos de pensiones; que el formulario lo llenó después; recuerda que le dijeron que podía ahorrar adicionalmente pero no le informaran que podía devolverse al ISS; manifestó que recibió algunos extractos. Respecto a lo que sucedería cuando falleciera cree que el dinero se lo daban a su esposa y a su hija. Que presenta la demanda porque no conoció que cuando cumplía la edad (52 años) el mismo fondo debía hacerle un paralelo para que decidiera si se quedaba en el fondo o se cambiaba, pero nunca recibió esa información. No recuerda lo demás, cree que leyó el formulario, pero no recuerda haber recibido asesoría de lo que decía el formulario y lo firmó porque creyó que era lo mejor. (Min. 09:12 audio y acta de audiencia archivos 12 y 13).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

En **consulta** se revisa la decisión, frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, para lo que basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

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

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

Conforme con lo anterior, se debe adicionar la decisión del A quo en cuanto a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, incluyendo los descuentos efectuados por concepto de porcentajes de garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados y con cargo a los recursos de la AFP PORVENIR S.A., por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se modificará la sentencia en ese sentido.

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

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

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

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el

carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Por último, respecto a que el demandante se encuentra dentro de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, se reitera que declarada la ineficacia del traslado, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que éste se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, razón por la cual no aplica al caso en estudio esta prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en relación con la devolución de los porcentajes correspondientes a la garantía de pensión mínima, los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados con cargo a la AFP PORVENIR S.A.

Costas en esta instancia por no haber prosperado el recurso interpuesto serán a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia del 4 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a la devolución a COLPENSIONES de los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del afiliado por concepto de garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, con cargo a la AFP PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se CONFIRMA en lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-006-2018-00011-01
DEMANDANTE:	ELSA MARÍA CLAVIJO MARTÍNEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 24 de octubre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante ELSA MARÍA CLAVIJO, la señora VIRGELINA JARAMILLO CRUZ y COLPENSIONES en contra de la sentencia del 24 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **ELSA MARÍA CLAVIJO MARTÍNEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-06-2018-00011-01**, al cual fue vinculada como litis consorcio necesario a la señora **VIRGELINA JARAMILLO CRUZ**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se revoque la decisión emitida por Colpensiones reconociendo a favor de Virgelina Jaramillo Cruz la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor Iván Solano (QEPD), por no tener legítimo derecho a ella, y se reconozca como única beneficiaria en un 100% a la demandante; en consecuencia, se ordene a la entidad a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes, junto con el retroactivo pensional, desde el 17 de agosto de 2012, los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 13 de enero de 1979 contrajo matrimonio bajo el rito católico con el señor Iván Solano(QEPD). Que la pareja siempre tuvo su domicilio en el único bien inmueble de su propiedad ubicado en la Calle 17D No. 116 60 apto 304 interior 1 del Barrio Fontibón de la ciudad de Bogotá. Que mediante Resolución 053003 de 2008 el otrora ISS le reconoció pensión de vejez al señor Iván Solano, en un monto mensual de \$1.095.214. Que por causa de una crisis económica y la enfermedad del causante, tomaron la decisión de liquidar la sociedad conyugal y cesar los efectos civiles del matrimonio católico, lo cual se concretó en el mes de julio de 2009; sin embargo, continuaron la comunidad de vida, compartiendo techo, lecho y mesa en el domicilio común, configurándose así una unión marital de hecho hasta la data del deceso del causante.

Dijo que en el mes de diciembre de 2010, el pensionado fallecido con consentimiento suyo, arrendó una vivienda en Ibagué, su ciudad natal, por su estado de salud, sin embargo, la relación de pareja continuó, pues tanto ella como su esposo viajaban cada 15 días para verse, ya fuera ella a la ciudad de Ibagué, o él a la ciudad de Bogotá. Que su hijo mayor en enero de 2010 visitó a su esposo, quién le presentó a la señora Virgelina Jaramillo Cruz como una amiga de la Iglesia, acotando que de acuerdo a las visitas constantes de su hijo, este pudo constatar que la señora en cuestión no compartió techo, lecho, ni mesa con el causante. Que cuando el estado de salud del causante empeoró, fue trasladado por su hijo a la ciudad de Bogotá, en donde falleció, siendo cubiertos los gastos funerarios por ella, pero los restos fueron enterrados en su ciudad natal, como así fue su voluntad, lo cual fue realizado por ella y sus hijos. Que la señora Virgelina Jaramillo Cruz de mala fe solicitó ante la demandada en la ciudad de Ibagué el reconocimiento del 50% de la pensión de sobrevivientes, faltando a la verdad y allegando pruebas

¹ Páginas 4 a 17 archivo 01 carpeta 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

falsas. Que por su parte, solicitó la pensión de sobrevivientes en la ciudad de Bogotá, y en ese momento fue que se enteró de la petición elevada por la señora Virgelina, siendo ello resuelto en Resolución GNR 261179 de 2016, en el sentido de negarle el derecho y otorgárselo a la señora en mención, lo cual fue confirmado pese a los recursos de ley interpuestos, en donde se puso de presente la falsedad en la que estaba incurriendo esta última.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES²

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa, expuso que en atención a las múltiples solicitudes elevadas por la demandante y la señora Virgelina Jaramillo Cruz, procedió a solicitar investigación administrativa para determinar la convivencia entre el causante y la actora, en la cual se recolectaron testimonios de familiares y vecinos, comprobando que no existió convivencia continua e ininterrumpida durante los últimos 5 años de vida del causante con la actora, además, la entidad evidenció en el registro civil de defunción del causante que este liquidó la sociedad conyugal con la aquí demandante. Agregó que en cuanto a la señora Virgelina Jaramillo la entidad encontró que cumplía con las exigencias normativas para el reconocimiento de la sustitución pensional.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

VIRGELINA JARAMILLO CRUZ

La convocada como *litis consorcio* necesario contestó la demanda a través de *curador ad litem*³, no obstante, por solicitud de nulidad elevada por parte de la señora Virgelina Jaramillo Cruz en audiencia de fecha 15 de julio de 2022, la Juez de Conocimiento declaró la nulidad del auto que ordenó cerrar el debate probatorio, para en su lugar, ordenar vincular a la persona natural en mención al presente trámite, en calidad de *Tercera Ad Excludendum*, a quien le otorgó un término de 5 días para que ejerza su derecho de elevar la solicitud que a bien tenga en los

² Páginas 69 a 79 Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

³ Páginas 133 a 135 Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

términos del artículo 63 del CGP⁴, misma que por ser ejercida por fuera del término anotado, fue rechazada por el A quo mediante auto del 3 de octubre de 2022⁵.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de octubre de 2022, declaró que la demandante Elsa María Clavijo tiene derecho al 75% de la pensión que en vida le fue reconocida al causante Iván Solano, en calidad de compañera permanente, e igualmente, que la señora Virgelina Jaramillo Cruz, tiene derecho al 25% restante, también en calidad de compañera permanente; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante y a la señora Virgelina Jaramillo Cruz la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del causante en un 75 % y en un 25% respectivamente, a partir de la ejecutoria de la sentencia, con los reajustes legales que se encuentre efectuando a la pensión que hoy por hoy recibe Virgelina Jaramillo Cruz en un 100%, debiendo reconocer a ambas el mismo número de mesadas anuales; autorizó a Colpensiones a descontar de las mesadas pensionales a pagar en un futuro a la demandante Elsa María Clavijo Martínez los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en salud; absolvió a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colpensiones a favor de la parte activa.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, en síntesis, que conforme a la condición de pensionado del causante y dado que liquidó la sociedad conyugal, cesando los efectos civiles del matrimonio celebrado con la demandante, tanto esta como la señora Virgelina Jaramillo Cruz, debían acreditar 5 años de convivencia con el causante anteriores a su muerte, en calidad de compañeras permanentes. Agregó que la demandante había acreditado tal condición, a través de los testigos, quienes fueron claros y contestes en indicar que convivió con el causante hasta la data de su deceso y que después de la separación continuó el vínculo actuante entre la familia y la pareja, demostrando la existencia de una unión marital de hecho, con posterioridad a la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico. En cuanto a la señora Virgelina Jaramillo Cruz, a quien se le reconoció la pensión de sobrevivientes, indicó que si bien no allegó escrito como *tercera ad excludendum*, obran en el expediente administrativo dos declaraciones extra juicio rendidas por vecinos de la señora Virgelina, quienes indicaron que les

⁴ Archivo de audio y video 19 del Expediente Digital.

⁵ Archivo 22 del Expediente Digital.

consta la convivencia entre ella y el causante desde febrero de 2007 hasta la fecha del fallecimiento, aunado a que en la investigación administrativa estas mismas personas, junto con la hermana del pensionado fallecido, ratificaron tal hecho, y es por ello que, la entidad demandada en sede administrativa encontró que la señora Virgelina tenía la condición de beneficiaria de la prestación, lo cual no se pone en duda por el Juzgado de Conocimiento. Concluyendo que, ambas compañeras tienen derecho a la pensión reclamada en proporción al tiempo de convivencia, esto es, 75% para la señora Elsa Clavijo y 25% para la señora Virgelina Jaramillo, lo cual procede desde la ejecutoria de la sentencia, como quiera que el reconocimiento a favor de la demandante desde la fecha del deceso conllevaría a un detrimento patrimonial en los recursos públicos administrados por la demandada, dado que la señora Virgelina viene recibiendo la mesada en su totalidad, y en aras de evitar dobles pagos por la misma prestación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante **ELSA MARÍA CLAVIJO MARTÍNEZ** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no debe asumir la responsabilidad o sufrir detrimento en sus derechos, por los errores en los que incurrió la demandada al realizar la investigación administrativa, aunado a que convivió con el causante en calidad de esposa, y posteriormente a la liquidación de la sociedad conyugal, como compañera permanente, compartiendo lecho, techo y mesa, por lo que resulta injusto que se le cercene su legítimo derecho a percibir el retroactivo pensional generado desde el 17 de agosto de 2012 y los intereses moratorios causados sobre el mismo, menos aun cuando dedicó toda su vida a acompañar a su pareja. Agregó que la señora Virgelina ni siquiera solicitó el reconocimiento del 100% de la pensión, porque tenía claro que no le asistía el derecho, por manera que no está llamada a soportar los errores de la entidad convocada.

La señora **VIRGELINA JARAMILLO CRUZ** formuló recurso de apelación y como sustento indicó que, la decisión opugnada debe ser modificada en cuanto al porcentaje de la pensión de sobrevivientes que le ha sido otorgado, toda vez que por las irregularidades que tuvieron lugar en relación con su notificación, en parte del proceso estuvo representada por Curador Ad Litem, y es por ello que se les dio credibilidad a las declaraciones rendidas por los hijos del causante, al no tener oportunidad para debatirlos; añadió que del análisis conjunto de las pruebas documentales, especialmente el informe técnico allegado a las diligencias, es

posible constatar que la señora Ana Useche en calidad de hermana del *de cujus*, indicó que este convivió única y exclusivamente con la señora Jaramillo Cruz durante los últimos años de su vida, por manera que no hubo coexistencia de compañeras permanentes durante ese lapso de tiempo. En ese orden, señaló que el Juzgado de Conocimiento dio la espalda a las realidades procesales, e incluso a la jurisprudencia por este citada, y es por ello que, en el caso objeto de estudio el real porcentaje que debe reconocerse a cada compañera corresponde al 50% de la prestación.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, dentro de la investigación administrativa realizada por la entidad, la señora Elsa Clavijo no acreditó la convivencia con el causante, pues aunque estuvo casada con este bajo el rito católico por 27 años aproximadamente, entre 1979 y 2006, la pareja se separó de cuerpos y a partir del 1º de julio de 2009 cesaron los efectos civiles del matrimonio, acotando que cuando falleció el pensionado, llevaba más de 5 años sin convivir bajo el mismo techo, ni compartir lecho con la actora; por el contrario, se acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud de la señora Virgelina Jaramillo Cruz, quien convivió con el señor Iván Solano de manera permanente, bajo unión libre por 5 años, 5 meses y 15 días, contados desde el 2 de febrero de 2007 hasta el 17 de agosto de 2012. Añadió que conforme al criterio de la Corte Constitucional, la pensión de sobrevivientes busca proteger a quien ha convivido permanente, responsable y efectivamente con el pensionado, asistiéndolo en los últimos días, lo cual debe ser conocido por el grupo de personas cercano a la pareja, y es por ello que, se exige el requisito de convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, conforme a los antecedentes de la Ley 797 de 2003, condición que la demandante como compañera permanente no acreditó, lo que da lugar a la revocatoria del fallo discutido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si las señoras ELSA MARÍA CLAVIJO MARTÍNEZ y VIRGELINA JARAMILLO CRUZ tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Iván Solano (Q.E.P.D.) y en qué porcentaje; segundo, si resulta procedente reconocer a favor de la señora ELSA MARÍA CLAVIJO MARTÍNEZ las mesadas pensionales desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, a partir del 17 de agosto de 2012, y si sobre las mismas son procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Iván Solano (Q.E.P.D.), falleció el 17 de agosto de 2012, según se desprende del registro civil de defunción (página 24 archivo 01 carpeta 01); **2.** Que la señora ELSA MARÍA CLAVIJO y el señor IVÁN SOLANO (Q.E.P.D.) contrajeron nupcias, el 13 de enero de 1979, según se extrae del registro civil de matrimonio contenido en el expediente administrativo obrante en la carpeta 14 del ED; **3.** Que el 9 de julio de 2009, los contrayentes cesaron los efectos civiles del matrimonio católico y liquidaron la sociedad conyugal (páginas 157 a 179 archivo 01 carpeta 01 del ED); **4.** Que al señor Iván Solano le fue reconocida una pensión de vejez por parte del otrora ISS desde el 1º de noviembre de 2008, conforme da cuenta la Resolución 053003 del 29 de octubre de 2008 (página 58 archivo 01 carpeta 01 del ED); **5.** Que la demandante y la señora Virgelina Jaramillo Cruz, el 16 de junio de 2016 y el 26 de marzo de 2013, respectivamente, presentaron reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, misma que fue reconocida a la señora Virgelina Jaramillo Cruz mediante Resolución GNR 261179 del 5 de septiembre de 2016, a partir del 17 de agosto de 2012, en cuantía inicial de \$1.487.737, siendo negado a su vez el derecho, a la señora Elsa María Clavijo Martínez (Páginas 52 a 57 archivo 01 carpeta 01 ED).

Ahora, como punto de partida, se tiene que la norma aplicable para dilucidar el presente conflicto es la vigente al momento de la muerte del afiliado, que como ya se anotó, ocurrió el 17 de febrero de 2012, calenda para la cual ya se encontraban vigentes los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, respectivamente. El primer precepto normativo en referencia dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. (modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003)

Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)”. (Subraya fuera de texto).

En el presente caso, no existe discusión sobre la condición de pensionado del señor Iván Solano (QEPD), como así quedó establecido en el acápite de hechos probados, por lo cual es dable concluir que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios.

Ahora, el segundo precepto normativo referido al inicio de la providencia, esto es, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, dispone que serán beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, la cónyuge o la compañera permanente del causante, siempre y cuando acrediten que hicieron vida marital con este hasta su muerte, habiendo convivido no menos de 5 años con anterioridad al deceso.

En relación con este requisito legal, la Sala Laboral de la CSJ, a través de la sentencia SL1730-2020, varió la postura que había sostenido de antaño, para indicar que los 5 años de convivencia señalados en la normativa en comento, solo se exigen a la cónyuge o compañera reclamantes de la pensión, en aquellos casos en los cuales el fallecido es un pensionado, pero que cuando quien fallece es un **afiliado**, únicamente se deberá acreditar, como mínimo, “(...) *la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (...)*”; esta tesis fue reiterada en la sentencia SL2901-2021, en la cual se dijo que: “*Entender que el requisito de convivencia del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 es exigible solo para*

quien pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el pensionado fallecido y no para quien solicite tal prestación respecto del causante afiliado sin un derecho pensional consolidado, no comporta una vulneración del principio de igualdad ni es contrario al principio de no discriminación, pues está fundado en un elemento diferenciador, cual es la condición en la que se encuentre el asegurado causante de la prestación.”.

Por su parte, la Corte Constitucional se pronunció sobre este aspecto en la sentencia SU-149 de 2021, en la cual expuso lo siguiente:

“Sobre la violación directa de la Constitución, la Sala sostuvo que se desconoció el principio de igualdad con la interpretación del requisito de convivencia previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La distinción introducida por la Corte Suprema de Justicia, al disponer que la exigencia al cónyuge o la compañera o compañero permanente de acreditar el mínimo de cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante solo era aplicable cuando estos fueran pensionados, mas no en el caso de los afiliados, no armoniza con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia. Así mismo, esa diferenciación carece de una justificación objetiva que atienda al principio de igualdad, por lo que resulta arbitraria.

La violación directa de la Constitución también se presentó por desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Este precepto se desconoce cuándo se reconocen derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes. Esto ocurrió en el presente caso al dejar en firme la providencia que ordenó el reconocimiento pensional a la compañera permanente, pese a no demostrar la convivencia de cinco años exigida en la ley. A esta razón se suma, que la regla sentada por la Corte Suprema de Justicia incrementaría en un número importante el número de personas que se harían acreedoras de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia y el pasivo pensional aumentaría en 461% según estimaciones aportadas por el Ministerio de Hacienda en sede de revisión. Así, al no tenerse en cuenta el requisito de convivencia de la peticionaria con el afiliado, se omite el criterio de distribución de recursos escasos que es necesario para evitar una afectación desproporcionada a las finanzas del Sistema General de Pensiones, lo que redundaría en la vulneración de los principios de universalidad y sostenibilidad financiera.

Asimismo, la Sala Plena determinó que en la decisión de la Sala de Casación Laboral se configuró un defecto sustantivo por interpretación irrazonable del precepto legal aplicable al caso analizado. Sostuvo que la lectura acogida por la Corte Suprema de Justicia partía de una hermenéutica plausible del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. No obstante, en concordancia con lo expuesto sobre la violación directa de la igualdad y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, dicha interpretación contradecía principios constitucionales y conducía a resultados desproporcionados respecto de la desprotección del grupo familiar ante reclamaciones pensionales ilegítimas y en relación con la finalidad de la pensión de sobrevivientes, que es amparar a la familia del fallecido.

Por último, para verificar la configuración del desconocimiento del precedente, la Sala determinó que el precedente aplicable en la materia es la Sentencia SU-428 de 2016. La Sala de Casación Laboral se apartó indebidamente de esa decisión pues no cumplió con las cargas de transparencia y suficiencia de la argumentación. No mencionó explícitamente su apartamiento del precedente fijado por la Corte Constitucional ni mucho menos expuso en forma adecuada las razones por las cuales su postura divergente garantizaba de mejor modo los principios y valores constitucionales involucrados. Esto a pesar de que se trataba de un fallo de unificación que determinaba, con carácter vinculante, el contenido y alcance del derecho a la seguridad social ante el problema jurídico materia de decisión en el asunto de la referencia.”

Vistas las dos posturas jurisprudenciales en comento, a juicio de esta Colegiatura, analizados los argumentos esgrimidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral para sustentar el cambio de precedente frente al requisito para obtener la pensión de sobreviviente (cuando la muerte deviene del afiliado), contrarían el principio sostenibilidad financiera. Recordemos que es un deber asegurar la eficiencia, sostenibilidad y existencia de los regímenes pensionales, principalmente para lograr tener los recursos necesarios para poder prestar, reconocer y pagar las diferentes prestaciones a cargo del sistema, el cual se verá seriamente afectado ante la inaplicación del requisito de la convivencia ante el fallecimiento del afiliado, sin obviar el hecho de que se trasgrede el principio de igualdad al ofrecer disímil tratamiento para igual derecho, y es que si bien no es lo mismo un pensionado que un afiliado, la prestación que protegerá al beneficiario de la contingencia de la muerte si lo es.

En suma, en los términos del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 del 2003, es requisito *sine qua non* para acceder a la pensión de sobrevivientes, originada con el fallecimiento de un afiliado al Sistema de Pensiones, tratándose de eventuales beneficiarios, ya sea cónyuges o compañeros permanentes, la convivencia en un tiempo no menor a cinco años, tal y como se exige para acceder al beneficio pensional al fallecer el pensionado; pensarlo de otra forma además de darle un sentido exegético a la norma desconoce los principios de solidaridad, igualdad y sostenibilidad que permean las leyes que gobiernan el sistema de seguridad social. En tal orden, las enseñanzas traídas por la Corte Constitucional en sentencia SU-149-2021, sumado a que propenden por garantizar el derecho de igualdad propio de esta clase de decisiones, se ajustan a un correcto entendimiento de la norma dado que se acompasa con los principios rectores de la seguridad social.

Conforme lo expuesto, considera esta Corporación que, independientemente si la pensión de sobrevivientes se reclama por muerte de afiliado o pensionado, si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de esta última, deben ser inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. Adicionalmente, es necesario resaltar que, en cualquiera de las dos posturas jurisprudenciales para acceder a prestaciones de sobrevivencia, es un requisito *sine qua non*, cuando quien reclama es compañero (a) permanente, que la unión marital de hecho o el núcleo familiar debe encontrarse vigente para la fecha de la muerte del causante.

Ahora bien, en punto de la convivencia simultánea, ha indicado la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL2893-2020, que se genera el derecho a la pensión de sobrevivientes de forma proporcional, cuando se demuestra convivencia simultánea del causante con dos o más compañeras o compañeros permanentes, pues si se admite la posibilidad de dicha convivencia entre cónyuge y compañera, no hay razón lógica para negarla frente a compañeras permanentes.

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala no comparte lo considerado por la A quo en relación con la convivencia de la promotora de la acción con el pensionado fallecido, quien debe ser tratada desde las exigencias de la compañera permanente, dado que la pareja conformada por ella y el pensionado fallecido procedió a cesar los efectos civiles del matrimonio católico que los unió y liquidar la sociedad conyugal, desde el 9 de julio de 2009.

Ello es así porque del análisis conjunto de los medios de convicción arrimados al proceso, la Sala concluye que en la realidad la señora Elsa María Clavijo no convivió con el *de cujus* durante sus últimos 5 años de vida. Y es que aun cuando los testigos Edison Fredy Solano Clavijo (min. 00:42-30:02 segundo archivo de audio y video subcarpeta 03 carpeta 01 del ED) y Óscar Iván Solano Clavijo (min. 00:37-18:26 tercer archivo de audio y video subcarpeta 03 carpeta 01 del ED), en calidad de hijos de la demandante y el causante, indicaron al unísono que la cesación de los efectos civiles del matrimonio de sus padres tuvo lugar por acuerdo entre ellos para evitar perder su único bien inmueble, debido a las diversas deudas y compromisos económicos que tenía el señor Iván Solano (QEPD), continuando la pareja haciendo vida marital en el mismo apto hasta el año 2010, cuando el causante debido a su artritis se trasladó para la ciudad de Ibagué, en donde vivió solo y era frecuentado como pareja por la señora Elsa Clavijo, o esta era visitada

por el causante en la ciudad de Bogotá, lo que además fue corroborado por la testigo Rosa Amanda Cañón de Martínez (min. 04:00-24:08 archivo de audio y video 04 carpeta 01 del ED); lo cierto es que, a partir de la investigación administrativa efectuada por Colpensiones, obra el propio dicho de la demandante, que desvirtúa lo manifestado por sus testigos en el presente trámite.

Así, nótese que conforme al informe investigativo se tiene que la demandante fue clara en indicar cuando fue indagada sobre ello que, *“se casó con Iván Solano, desde el año 1979 mediante rito católico, manifestó de (sic) desde el año 2006 se separaron de cuerpos”*⁶; aunado a ello, en petición elevada ante Colpensiones, de fecha 4 de enero de 2013, la demandante manifestó que *“El señor Iván Solano era pensionado y falleció. Quiero saber a quién tiene de beneficiario, yo era casada por la Iglesia y conviví (sic) 30 años con el (sic). Éramos separados hace 3 años. Me pertenece reclamar algo o no”*⁷.

De suerte que, la propia demandante en sede administrativa dejó claro ante la entidad accionada que, desde la separación de cuerpos con el causante, no hizo ninguna vida marital con él con posterioridad. Lo cual, además, se corrobora con el dicho de la testigo Rosa Amanda Cañón de Martínez, quien en la investigación administrativa dijo todo lo contrario a lo que declaró en el proceso, al referir como vecina que, en uno o dos años no volvió a ver al causante en el apartamento de la solicitante, quien le contó que había viajado a Ibagué donde su señora madre (Página 8 archivo 9 del ED).

En igual sentido, la señora Gloria María Peña de Jurado, entrevistada en la investigación administrativa, manifestó que hace 30 años conoce a la actora, quien estuvo casada con el causante y agregó que quería corregir la declaración extra judicial que realizó, manifestando que 3 o 4 años antes del fallecimiento del causante, este ya no convivía con la señora Elsa María Clavijo y se había ido de su morada o su apartamento (Página 8 archivo 9 del ED).

Por tanto, es claro para la Sala de decisión que lo manifestado por los testigos de la demandante en el proceso, se encuentra claramente desvirtuado por las pruebas recaudadas en sede administrativa, las cuales tienen mayor peso probatorio para el Tribunal, toda vez que fue la misma demandante quien espontáneamente puso de presente ante la entidad demandada, que en los últimos

⁶ Página 8 archivo 9 del Expediente Digital.

⁷ Carpeta 15 del Expediente Digital.

años de vida del pensionado fallecido, no tenía una relación de convivencia con este, como para ser considerada su compañera permanente, lo cual genera la revocatoria de la sentencia opugnada en relación con ella, al no asistirle el derecho perseguido, por no ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes debatida.

En punto a la señora Virgelina Jaramillo Cruz, encuentra la Sala que de las pruebas documentales aportadas se encuentra demostrada la convivencia entre esta el causante en sus últimos 5 años, pues en el expediente administrativo obrante en la carpeta 15 del expediente digital, se observan declaraciones extra juicio de los señores Marco Emilio Ostos Méndez y Gilberto Ortiz Torres, quienes en calidad de amigos y vecinos de la señora Jaramillo Cruz, indicaron que les consta que la señora en mención convivió con el causante desde el 2 de febrero de 2007 hasta el día de su fallecimiento, lo cual ratificaron en la investigación administrativa, y se constata del dicho de la hermana del causante, Ana María Useche, quien afirmó en la mentada investigación que su hermano regresó a Ibagué hacia el año 2006, separado de su primera esposa Elsa Clavijo, acotando que en ese año conoció a la señora Virgelina Jaramillo, de quien se enamoró, estableciendo una relación de convivencia a principios del año 2007, la cual estuvo vigente por más de 5 años hasta su fallecimiento (Página 9 archivo 9 del ED).

Por tanto, considera la Sala que se ajusta a las pruebas recaudadas el reconocimiento que hizo Colpensiones de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Virgelina Jaramillo Cruz, pues del anterior análisis se constata que tiene la condición de beneficiaria de la prestación, al convivir con el causante en los últimos 5 años de su vida, lo cual además, no se encuentra desvirtuado por otros medios de convicción, pues aunque los testigos de la activa indicaron que el pensionado fallecido vivía solo en Ibagué, lo cierto es que sus dichos no merecen credibilidad para la Sala de Decisión por las razones ya anotadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada, para absolver a la demandada Colpensiones de las pretensiones invocadas en la demanda, no sin antes declarar que a la señora Virgelina Jaramillo Cruz le asiste el 100% del derecho a la pensión de sobrevivientes, tal y como lo reconoció la entidad demandada en la Resolución GNR 261179 del 5 de septiembre de 2016, lo cual releva a la Sala de analizar los puntos de apelación formulados por la demandante. Costas de ambas instancias a cargo de la parte DEMANDANTE a favor de Colpensiones. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

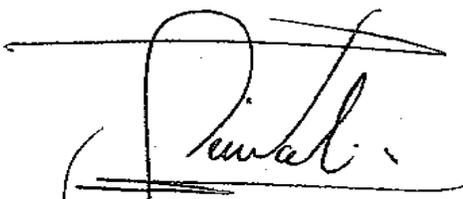
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 10 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar, **DECLARAR** que a la señora VIRGELINA JARAMILLO CRUZ, le asiste el derecho al 100% de la pensión de sobrevivientes reclamada, con ocasión a la muerte del señor IVAN SOLANO (QEPD), tal como lo definió la entidad demandada en la Resolución GNR 261179 del 5 de septiembre de 2016; en consecuencia, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones formuladas en su contra por la señora **ELSA MARÍA CLAVIJO MARTÍNEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte DEMANDANTE a favor de COLPENSIONES. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-010-2020-00199-01
DEMANDANTE:	JAIRO ENRIQUE CARRILLO GUARÍN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 22 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de vejez
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada COLPENSIONES y para revisión en consulta en su favor, respecto de la sentencia del 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JAIRO ENRIQUE CARRILLO GUARÍN** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-010-2020-00199-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que es beneficiario del régimen de transición y cumplió los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 el día 30 de agosto de 2008, fecha en que cumplió los 60 años, momento para el que contaba con 1000 semanas de cotización.

Se declare que, para el 26 de febrero de 2020 en que efectuó la última cotización contaba con 1682 semanas cotizadas y tiene derecho a la pensión de vejez no compatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por ECOPETROL mediante oficio PEN3679 del 23 de noviembre de 1999.

Como consecuencia de estas declaraciones se condene a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2020; cancelar el retroactivo desde la fecha en que acreditó el cumplimiento de los requisitos, condenar al pago de los intereses de mora, la indexación, lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso y las costas.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el señor JAIRO ENRIQUE CARRILLO GUARÍN nació el 30 de agosto de 1948 y prestó sus servicios a ECOPETROL durante 23 años, 2 meses y 26 días, por lo que la empresa le reconoció la pensión plena de jubilación mediante oficio PEN 3679 del 23 de noviembre de 1999 conforme al Acuerdo 01 de 1977, la cual se financia con recursos propios de ECOPETROL por encontrarse excluida del régimen general de pensiones conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Que el actor prestó sus servicios a diferentes empleadores con los que cotizó en forma interrumpida al Sistema General de Pensiones entre el 27 de julio de 1971 hasta el 26 de febrero de 2020 acumulando un total de 1312 semanas de cotización y con la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA desde el 4 de febrero de 1991 cuenta con 369 semanas no cotizadas al ISS

¹ Archivo 01 Fs. 1-18. Archivo 07 f. 2
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

hasta el 30 de abril de 1999, y a partir de allí hasta el 26 de febrero de 2020 fueron efectuadas las cotizaciones al ISS para un total cuenta con 1682 semanas. Que para el 1o de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y para el 29 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas de cotización, por lo que es beneficiario del régimen de transición.

Que el 27 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, lo que fue negado mediante Resolución SUB 318707 del 22 de noviembre de 2019 argumentando que la pensión de vejez no es compatible con la reconocida por ECOPETROL, sin tener en cuenta que la pensión reconocida no es financiada con cotizaciones, pues se trata de una pensión extra legal excluida del régimen de seguridad social en pensiones, por lo que interpuso en su contra los recursos de reposición y apelación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2023, declaró la compatibilidad de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990 con la reconocida por ECOPETROL

² Archivo 5 fs. 5 a 22 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

en virtud del Acuerdo 001/77 al demandante JAIRO ENRIQUE CARRILLO GUARÍN. Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez de conformidad al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 de 1990 a partir del 27 de febrero de 2020 con una mesada inicial de \$2.619.138,00 en 14 mesadas pensionales, sin perjuicio de los reajustes legales y anuales, correspondiendo para el año 2021 como mesada la suma de \$2.661.306; para el año 2022 la suma de \$2.810.871 y para el año 2023 una mesada de \$3.179.657; condenó a pagar el valor del retroactivo pensional generado desde el 27 de febrero de 2020 que a la fecha de la sentencia asciende a la suma \$111.481.704,80; sin perjuicio de las mesadas pensionales que se generen hasta la efectiva de inclusión en nómina de pensionados y autorizó a COLPENSIONES a realizar sobre el retroactivo pensional, los descuento de aportes en salud.

Igualmente, condenó a COLPENSIONES a pagar al demandante los intereses moratorios de que trata el art 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la causación de cada mesada pensional y declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por Colpensiones frente a la pretensión de indexación. Absolvió a la demandada de la indexación, declaró no probadas las demás excepciones propuestas y condenó a COLPENSIONES al pago de las costas del proceso.

Como fundamento de su decisión, manifestó respecto a la pensión de vejez solicitada, que conforme a las pruebas documentales aportadas se encuentra acreditado que ECOPETROL le reconoció la pensión de jubilación al actor y también que existió afiliación al ISS por otros empleadores, durante la cual el actor había prestado sus servicios con diferentes empleadores de carácter privado con lo que acreditó el cumplimiento del requisitos de semanas de cotización y que es beneficiario del régimen de transición pues para la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 contaba con 933 semanas de cotización y para el 1º de abril de 1994 tenía 45 años cumplidos, por lo que el régimen de transición se extendía hasta el 2014. También encontró acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 tomando en cuenta los tiempos de servicios públicos y

privados conforme a la sentencia SL.1981 de 2020, por lo que consideró que el actor tendría derecho a la pensión a partir de la fecha de desafiliación al sistema de seguros social.

Respecto a la compatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida por ECOPETROL y la pensión de vejez solicitada, tuvo en cuenta que se aplicó al demandante el beneficio del plan 70 conforme al Acuerdo 01 de 1977, para reconocer la pensión plena de jubilación que se paga con los propios recursos de ECOPETROL pues no cotizó durante los 23 años que el actor laboró para ella. Señaló respecto a las asignaciones provenientes del tesoro público que ECOPETROL es una sociedad de economía mixta y señaló que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 ECOPETROL estaba exceptuada del sistema de seguridad social en pensiones y que el inciso 4º del artículo 17 de la Ley 549/99 no se aplicable a ECOPETROL pues esta no es una entidad territorial ni hace parte del fondo de pensiones de entidades territoriales.

Que de vieja data se ha señalado que los recursos con los cuales se financian las pensiones de vejez de COLPENSIONES no son dineros públicos y no pertenecen al erario público, sino que provienen de una reserva parafiscal donde no existen dineros del Estado, conforme a la sentencia de la CSJ SL451 de 2013 y como conclusión estableció que no existía la incompatibilidad mencionada para el reconocimiento de la pensión de vejez, pues no sería con dineros provenientes del erario público. Además, indicó que no se produce un bono pensional en favor de ECOPETROL, y por ello no habría lugar a entregar a esta entidad dinero alguno, pues no efectuó cotización alguna, ni es una entidad administradora de pensiones y las pensiones que reconoce son con cargo a su propio patrimonio.

Mencionó que el demandante prestó servicios a entidades públicas y privadas con afiliación y pago de cotizaciones al RPM y cuenta con el número de semanas requerido para el reconocimiento pensional.

Reconoció la pensión a partir del 27 de febrero de 2020 la que liquidó conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 tomando en cuenta lo cotizado

durante toda la vida laboral por ser más favorable al demandante, con una tasa de remplazo del 90% del IBL de acuerdo al artículo 20 del Decreto 758 de 1990 con los reajustes anuales correspondientes, por 14 mesada anuales por cuanto la pensión es inferior a 3 SMMLV y haberse causado antes del 31 de julio de 2011 ya que cumplió los requisitos el 30 de agosto del año 2008. Ordenó el pago del retroactivo causado y el incremento anual que liquidó hasta la fecha en que profirió la sentencia, conforme se relacionó anteriormente y cuya liquidación obra en el archivo 25. Autorizó el descuento sobre el retroactivo pensional del porcentaje correspondiente a los aportes en salud.

En cuanto a los intereses moratorios condenó al pago de estos a partir de la causación de cada mesada pensional conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Absolvió de la condena al pago de la indexación, para lo que señaló que las mesadas fueron debidamente indexadas y en cuanto a indexación de las condenas, señaló que no es compatible con el reconocimiento de los intereses de mora, por lo que declaró probada la inexistencia del derecho respecto a esta pretensión; declaró no probada la excepción de prescripción en relación con las demás pretensiones y condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación parcial respecto a los intereses de mora y a las costas del proceso, aduciendo para el efecto, que no comparte la decisión respecto a los intereses moratorios por cuanto resultan improcedentes, ya que no existe acto administrativo que haya reconocido derecho pensional por lo que COLPENSIONES no ha incurrido en mora en el pago de mesadas, conforme se indicó en la sentencia C-601 de 2000 y la SL-4754 de 2019. Respecto a la condena en costas interpone el recurso con fundamento en que COLPENSIONES ha actuado de buena fe conforme al artículo 365 de CGP, por lo que se debe tener en cuenta la conducta asumida por éste.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada y en atención al grado jurisdiccional de consulta, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez no obstante que le fue reconocida por ECOPETROL una pensión de jubilación y si procede la condena al pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la condena al pago de las costas del proceso a que fue condenada COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Lo primero a analizar en atención al grado jurisdiccional de consulta, es la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, que fue negada por COLPENSIONES con el argumento de no ser compatible con la pensión de jubilación que le reconoció ECOPETROL conforme al Acuerdo 01 de 1977.

Al respecto se tiene que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, recae sobre las prestaciones provenientes del tesoro

público, esto es, La Nación, las entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a tales recursos.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado, entre otras en sentencia SL-414 de 2021, en relación con los servidores y pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos, que el marco normativo que regula sus situaciones pensionales “no es el previsto para los afiliados del sistema general de pensiones del sistema general de seguridad social integral contemplado en la Ley 100 de 1993, pues el artículo transcrito los excluyó expresamente de su aplicación”.

Con ocasión de la reforma introducida por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003 se inició el desmonte gradual de este régimen exceptuado al disponer que los trabajadores que ingresaran a Ecopetrol a partir del 29 de enero de 2003 debían vincularse de forma obligatoria al régimen creado por la Ley 100 de 1993 y posteriormente, el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que “la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expiraría el 31 de julio del año 2010, de modo que hasta esta fecha tuvo vigencia el régimen exceptuado de los trabajadores de Ecopetrol”. (CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 33308, CSJ SL, 15 sep. de 2009, rad. 33177, CSJ SL500-2013 y CSJ SL1000-2018).

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó expresamente de su aplicación a los servidores y a los pensionados de la demandada EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS, por lo que estas personas siguieron rigiéndose en tales aspectos por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y las que respectivamente las modificaron, derogaron o subrogaron y específicamente en el caso del actor esta pensión se rigió por el Acuerdo 01 de 1977 numeral 4.5.1. (fl.33 archivo 01) que aprobó habilitarle el beneficio del denominado “Plan 70” al que se acogió el demandante expresamente y cuyos requisitos de edad, tiempo de servicios y demás requisitos cumplió el demandante, razón por la que ECOPETROL le reconoció la pensión plena de jubilación, por lo que para el caso en estudio es necesario tener en cuenta,

entonces que la pensión de jubilación se reconoció el 23 de noviembre de 1999 (f. 33 archivo 01) por haber prestado 20 años de servicios, es decir que el trabajador se encontraba excluido del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y es por ello, ECOPETROL no afilió al demandante al Sistema General de Pensiones ni realizó cotización alguna como se observa en el resumen de semanas de cotización que obra a folios 29 a 32 del archivo 1. Incluso en la mencionada comunicación se indica que se reconoce la prestación de conformidad con “lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 1º del Decreto reglamentario 807 de 1994 y en el Acuerdo 001/77.”

Por otra parte, es necesario señalar que los dineros destinados al pago de las prestaciones que se originan en el sistema de general de pensiones son de carácter parafiscal conforme lo ha indicado la sentencia de la CSJ SL-2261 de 2022 y por lo tanto los aportes que administra COLPENSIONES, en razón a su naturaleza parafiscal no pueden reputarse de propiedad, ni del ente administrador, ni del Estado, toda vez que, en el régimen solidario con prestación definida los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública y por ello no pueden estos recursos recibir el tratamiento que se da a los ingresos ordinarios del Estado, ya que en dicho régimen, los aportes entran a formar parte de un fondo común que pertenece a todos los afiliados.

Así las cosas, es acertada la decisión de primera instancia en lo relacionado con la compatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por ECOPETROL y la solicitada conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, en cuanto al régimen de transición, se observa que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 45 años cumplidos (f. 27 archivo 1) y de acuerdo con la Resolución SUB 318707 del 22 de noviembre de 2019 (fs. 37 a 43 archivo 01), había cotizado 983 semanas antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 1º de 2005, por lo que mantenía el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora, se procede a revisar si cumplía los requisitos del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 que dispone:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

Como el demandante cumplió los 60 años de edad el 30 de agosto de 2008 por haber nacido el 30 de agosto de 1948 (f. 27 archivo 1), se procede a determinar el cumplimiento del requisito establecido en el literal b) del mencionado artículo, para lo que se tienen en cuenta las semanas cotizadas hasta ese momento (30 de agosto de 2008) para el cual contaba con 1173 semanas, es decir que superaba las 1000 que requería la norma. Sin embargo, la pensión debe reconocerse teniendo en cuenta hasta la última cotización efectuada, lo que ocurrió el 26 de febrero de 2020 conforme al reporte de semanas de cotización.

En consecuencia, al haber cumplido los requisitos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 antes del 31 de julio de 2010, tiene derecho a 14 mesadas anuales, toda vez que conforme a la liquidación efectuada por el grupo liquidador la mesada pensional no supera los 3 salarios mínimos y el porcentaje debe ser el establecido en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es el 90%, toda vez que en definitiva cotizó más de 1250 semanas y se toma en cuenta para el efecto lo cotizado durante toda la vida laboral, ya que se observa que es más beneficiosa que el que corresponde a los últimos 10 años.

Por lo expuesto, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por haber cumplido los requisitos del literal b) del Acuerdo

049 de 1990 la pensión se debe reconocer a partir del 27 de febrero de 2020, tomando en cuenta hasta la última cotización efectuada.

En atención a los argumentos del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en relación con la condena al pago de intereses de mora, se tiene en cuenta que la sentencia de la CSJ SL4754-2019 de 30 de octubre de 2019, citada por la recurrente, dejó expresadas las razones por las que se predica la improcedencia de la sanción establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en el marco de las discusiones suscitadas alrededor de un cambio jurisprudencial, (como es el caso de la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS), en los siguientes términos:

“...Así las cosas habrá retardo por parte de la entidad competente para el reconocimiento y pago de la pensión, cuando presentada la solicitud de manera completa, no se dé respuesta de fondo, en el término establecido por la normatividad, que en el caso de vejez es de 4 meses.

También ha reconocido la Sala que existen circunstancias en las cuales la demora en dar respuesta se debe a la necesidad de establecer verdades reales como es la determinar el beneficiario de la prestación, o cuando nos encontramos ante un cambio jurisprudencial...”

Al respecto, es necesario resaltar que conforme a la mencionada sentencia existió retardo en el reconocimiento y pago por parte de COLPENSIONES en este caso, toda vez que presentada la solicitud de reconocimiento pensional esta fue negada no obstante cumplir los requisitos para su reconocimiento y que en este asunto el fundamento para negar la prestación no fue un cambio jurisprudencial, pues de vieja data (CSJ SL451 de 2013) se ha hecho mención a que los aportes a seguridad social en pensiones no hacen parte del tesoro público y por lo tanto la pensión solicitada por el demandante era compatible con la reconocida por ECOPETROL.

Por otra parte, la sentencia de la CSJ SL129 de 2022 indica sobre el particular lo siguiente:

“Resulta pertinente remitirse a la sentencia CSJ SL2512-2021, donde nuevamente la Corte insistió:

Al respecto se hace necesario recordar que el criterio de la Sala frente a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de

1993, es que estos proceden siempre que haya retardo en el pago, sentencia CSJ SL 3130-2020, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o las circunstancias que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es simplemente el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones

En ese orden, no le asiste razón a la censura en sus disquisiciones.

Es cierto que se han distinguido casos excepcionales para no imponer la condena por los mencionados intereses, «en los que las administradoras de pensiones niegan administrativamente un determinado derecho pensional con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la prestación se reconoce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas [...]», así se reiteró en sentencia CSJ SL3112-2020, sin embargo la discusión del sub examine de acuerdo a lo historiado en los antecedentes, no encaja en tales presupuestos, de modo que lo resuelto por el Tribunal no se observa equivocado”.

En concordancia con lo anterior, no le asiste razón a la recurrente demandada respecto al reconocimiento y pago de los intereses de mora a que fue condenada en la sentencia de primera instancia, pues no se presenta en este caso, el derecho pensional no se negó con amparo en el ordenamiento legal vigente, ni con fundamento en la jurisprudencia.

En cuanto a la condena en costas conforme al artículo 365 del CGP, estas se imponen a la parte que resulte vencida en el proceso y en este caso la demandada COLPENSIONES ha sido condenada al pago de la pensión deprecada en la demanda, para lo que se resalta que al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de esta, razón por la que procede confirmar en este aspecto la condena impuesta.

Por las mismas razones, se condena a la demanda al pago de las costas en esta instancia. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2018-00458-02
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ
DEMANDADO:	MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 4 de noviembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo
DECISIÓN:	MODIFICAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia del 4 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ANDRÉS BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ** contra **MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA**, con radicado No. **11001-31-05-011-2018-00458-02**.

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

DEMANDA¹

La parte promotora de la acción pretende como pretensiones principales, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo con fecha de inicio el 7 de mayo de 2012; se declare que el actor es miembro de la USO y beneficiario de la convención colectiva suscrita entre MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA

¹ Fs. 5-25 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

y la UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO con vigencia 2012-2015 y 2015-2018; se declare que tiene derecho al aumento salarial, al aumento de la retribución de campo (alimentación y alojamiento) de tiempos de viaje y prima de antigüedad conforme a los artículos 70, 71 y 75 de las Convenciones colectivas. Se declare que la demandada no consignó las cesantías en debida forma y es responsable del pago de las vacaciones no disfrutadas por el trabajador, al pago de la sanción por no consignación de las cesantías, primas de servicios y aportes a seguridad social conforme al salario realmente devengado.

Como consecuencia, solicita se condene a MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA a pagar los aumentos de salarios, retribuciones de campo actualizados y primas de antigüedad convencional dispuestos en las mencionadas Convenciones colectivas; a pagar los salarios dejados de percibir desde el 14 de mayo de 2017, fecha de la terminación injustificada del contrato de trabajo hasta la fecha del reintegro; las sumas adeudas por concepto de cesantías, primas de servicios y vacaciones liquidadas con un salario inferior al que le correspondía, la diferencia en los aportes a seguridad social integral, la indexación, los intereses y las costas del proceso.

En subsidio solicitó se declare la existencia del contrato de trabajo, la terminación del mismo sin justa causa, la condena al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la indemnización por despido sin justa causa, el pago de los salarios, retribuciones de campo y primas de antigüedad conforme a la convención colectiva, la sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo y el pago de las diferencias por concepto de cesantías, primas de servicios y vacaciones conforme al salario que realmente le correspondía y las diferencias en los aportes a seguridad social integral, la indexación, intereses y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó los hechos que a continuación se sintetizan:

Que el actor laboró como “encuellador y mantenimiento de pozos petroleros” para MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA a través de las siguientes empresas: Con PETROTIGER desde el 7 de mayo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2014; posteriormente a través de la empresa JJ EMPLEOS desde el 2 de marzo de 2014 hasta el 13 de noviembre del mismo año y con MISIÓN TEMPORAL desde el 18 de diciembre de 2014 hasta el 14 de mayo de 2017.

El 17 de diciembre de 2015 MISIÓN TEMPORAL le envió un comunicado informándole que el vínculo aboral terminaba en esa fecha, pero que en razón a que se encontraba cobijado por el fuero de salud, su contrato no finalizaría hasta tanto no recuperara su estado de salud y el 12 de mayo de 2017 le comunicó que la empresa daba por terminado el contrato de trabajo a partir del 14 de mayo de 2017.

El 21 de junio de 2015 el actor sufrió un accidente de trabajo en el campo Jazmín al levantar una bomba Steam B Pass 2.50 y como consecuencia de ello se ordenaron por el médico de la aseguradora de riesgos laborales COLPATRIA unas recomendaciones médico-laborales y sesiones de terapia.

Que fue despedido injustamente por parte de MISIÓN TEMPORAL y con conocimiento de la usuaria MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA sin autorización del Ministerio del Trabajo, no obstante que el trabajador se encontraba con fuero de protección por salud y en tratamiento por fisioterapia.

El 1º de junio de 2017 suscribió junto a otros compañeros una transacción integral con MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA por una suma de \$50.127.405, que incluyó los conceptos de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aportes a seguridad social en salud, auxilio educativo, auxilio para el pago de las cuotas más próximas por deudas, una suma adicional por prestaciones sociales, indemnizaciones por falta de pago, por despido sin justa causa, no consignación de cesantías, y la indemnización del artículo 216 del CST, por lo que el 30 de junio de 2017 recibió la suma de \$48.874.220, inferior a la acordada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones de la demanda, manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso como excepciones previas las de falta de integración del litisconsorcio necesario y cosa juzgada y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, cosa juzgada y compensación.

Presentó llamamiento en garantía respecto de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. que fue admitido mediante auto del 8 de julio de 2019 (f. 264 archivo 1) quien

² Fs. 64 a 97 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

una vez notificada contestó la demanda como se observa a folios 284 a 316 del archivo 1, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que no le constan los hechos y propuso como excepciones de fondo las de cosa juzgada, compensación de las sumas pagadas en cumplimiento del contrato de transacción, inexistencia del contrato de trabajo entre el demandante y MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, inexistencia de obligación solidaria en cabeza de la demandada, prescripción de las acreencias laborales, falta de prueba de las acreencias reclamadas. Igualmente se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y propuso como excepciones de fondo, que la cobertura de las pólizas se circunscribe a los términos de sus clausulados, ausencia de responsabilidad de MANSARROVAR, inexistencia de cobertura de la póliza de cumplimiento; no hay responsabilidad de la asegurados por acreencias laborales causadas en contrato de trabajo distintos al suscrito con PETROTIGER o por fuera de la vigencia de la póliza, responsabilidad limitada al valor de la suma asegurada, y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del cuatro (4) de noviembre de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 17 de mayo de 2012 y el 14 de mayo de 2017, donde devengó como último salario la suma de \$2.976.480 en el cargo de encuellador de mantenimiento de pozos, contrato que terminó de manera unilateral y sin justa causa.

Declaró que el señor JORGE ANDRÉS BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ es beneficiario de las convenciones colectivas 2012-2015 y 2015-2018. Condenó a la demandada a pagar al actor los siguientes valores y conceptos:

- | | |
|--|-------------|
| - Por despido sin justa causa | \$3.482.000 |
| - Por incremento salarial convencional 2015-2018 | \$8.888.960 |
| - Prima de antigüedad convencional 2015-2018 | \$6.521.667 |

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y a la llamada en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra. Declaró probadas parcialmente las excepciones de compensación, prescripción e inexistencia del derecho y condenó a la demandada al pago de las costas del proceso.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, que el actor estuvo vinculado mediante diferentes contratos de trabajo a través de empresas de servicios temporales como trabajador en misión y prestó servicios personales para la beneficiaria MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, por lo que de acuerdo a las pruebas aportadas se encuentra acreditada la prestación del servicio para la demandada a quien le correspondía desvirtuar los elementos propios del contrato de trabajo en especial la subordinación y dependencia, lo que consideró no se hizo en el presente caso..

Indicó que conforme al artículo 71 de la Ley 50 de 1990 reglamentada por los Decretos 4369 de 2006 y 1072 de 2015 y la jurisprudencia existente en cuanto a la temporalidad del servicio, la demandada fue el verdadero empleador del actor por cuanto los servicios prestados no tienen origen en ninguna de las causales allí establecidas, pues los servicios se prolongaron por más de 5 años por lo que la labor tuvo vocación de permanencia y entre uno y otro contrato no existió una interrupción apreciable y la labor no estuvo precedida de autonomía e independencia, por lo que declaró la existencia del contrato de trabajo entre la demandada y el actor por el periodo comprendido entre 7 de mayo de 2012 y el 14 de mayo de 2017.

Respecto al reintegro, manifestó que existió un accidente de trabajo el 21 de junio de 2015 con un diagnóstico de hernia discal y para el año 2017 la EPS emitió concepto de sistema muscular alterado; sin embargo, conforme al acervo probatorio el actor no acreditó que para el 14 de mayo de 2017 estuviera en condición de discapacidad, ni en tratamiento o terapia; respecto de lo cual el juzgado solicitó al Juzgado 39 Laboral el expediente del proceso adelantado por el actor ante ese despacho, donde se aportó un dictamen con el que pudo determinar que existió una pérdida de capacidad inferior al 15%, y además, el 17 de junio de 2017 el médico tratante determinó “paciente asintomático”, por lo que no demostró tampoco un estado de debilidad manifiesta o que se tratara de un sujeto de especial protección constitucional, por lo que absolvió a la demandada de esta pretensión.

En cuanto al despido injustificado señaló, que las causales para el despido con justa causa se encuentran taxativamente establecidas en la norma y la demandada no acreditó que la terminación del vínculo se diera dentro de estos parámetros de orden legal, por lo que conforme al artículo 64 del CST condenó a la demandada al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa y una vez analizada la excepción de compensación propuesta, estableció que se

transó una suma adicional de \$7.530.494 por lo que efectuada la liquidación correspondiente al tiempo de servicios existía una diferencia, razón por la que ordenó el pago de la diferencia en cuantía de \$3.482.000.

Señaló que conforme a la convención colectiva 2015-2018 al demandante le es aplicable la convención como lo dispone el artículo 101, al declararse la existencia del contrato con dicha empresa; para lo que tuvo en cuenta la excepción de prescripción y condenó al pago de aumento de salarios liquidados acorde con el acuerdo convencional desde julio de 2015 hasta mayo de 2017. Respecto a la retribución de campo no declaró el incremento por cuanto le fue cancelado este concepto y en cuanto al tiempo de viajes no acreditó haberlos efectuado.

Sobre la prima de antigüedad de acuerdo a la convención colectiva ordenó el pago para los años 2015 y 2016 y no para el año 2017 por cuanto la norma no dispone el pago por semestres.

Respecto de la reliquidación de las prestaciones sociales manifestó que no estaba llamada a salir avante, pues en ninguno de los artículos convencionales se evidenció que estos beneficios constituían factor salarial para ser tenidos en cuenta a efectos de reliquidar las prestaciones sociales

Por último, en relación con la llamada en garantía señaló que la póliza no tiene como objeto cubrir conceptos de orden extralegal por lo que absolvió a la llamada en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió el fallo únicamente frente a los aportes a la seguridad social para lo que argumentó que se hizo un ajuste de los salarios por lo que deben tenerse en cuenta para este efecto y en consecuencia deben reliquidarse estos aportes para los años 2012 a 2017.

La parte demandada por su parte, interpone el recurso de apelación respecto a la existencia de la relación laboral por considerar que conforme al caudal probatorio y el interrogatorio de parte, la vinculación se dio con empresas temporales, sin que por parte de MANSARROVAR hubiera existido vinculación laboral y si bien efectuaron contratos con las empresas temporales para suministro de personal, esto se dio en desarrollo de la Ley 50 de 1990 y para atender los requerimiento puntuales dispuestos en la norma.

Que se dieron interrupciones en la prestación de servicios entre los diferentes contratos tal y como consta en las certificaciones laborales y que se partió de un contrato de trabajo suscrito con PETROTIGER que no es una empresa de servicios temporales; por lo que argumenta que no prestó sus servicios como trabajador en misión pues esta empleadora fue una contratista de la empresa, por lo que su representada no puede tenerse como verdadero empleador.

Indicó que el contrato celebrado con la temporal fue terminado en el 2015 pero por las afectaciones de salud se continuó, por lo que al declararse que el demandante no es beneficiario del fuero por salud, debe tenerse en cuenta la excepción de compensación porque en la transacción se pagó la suma de \$17.858.880 por terminación del contrato conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por lo que el concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa fue totalmente compensado.

Respecto a la aplicación de la convención colectiva, manifestó que la convención vigente del 2015-2018, no fue suscrita con la USO sino por SINTRAMINENERGETICA, sindicato al que no estaba afiliado el demandante, por lo que no tenía derecho a estos beneficios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite* el determinar específicamente, los siguientes aspectos:

- Existencia de la relación laboral entre las partes

- Prosperidad de la excepción de compensación respecto de la indemnización por despido sin justa causa
- Derecho del trabajador a los beneficios convencionales
- Derecho del trabajador al pago de las diferencias por concepto de aportes a pensiones como consecuencia de los aumentos salariales reconocidos en la sentencia.

CONSIDERACIONES

Inicialmente, procede la Sala a analizar las inconformidades presentadas por la parte demandada, toda vez que de prosperar harían innecesario el estudio del recurso interpuesto por la parte actora, que se limita al pago de las diferencias respecto de los aportes a pensiones.

Argumenta la parte demandada que no existió la relación laboral, conforme al caudal probatorio; toda vez que la vinculación se dio con empresas temporales y si bien MANSARROVAR efectuó contratos con las empresas temporales para suministro de personal, ello se dio en desarrollo de la Ley 50 de 1990, para atender los requerimientos puntuales dispuestos en la norma.

Sobre el tema se observa a folio 108 del archivo 1 certificación expedida por PETROTIGER el 28 de febrero de 2014 conforme a la cual el actor prestó sus servicios desde el **7 de mayo de 2012 al 28 de febrero de 2014** y a folio 109 obra la certificación expedida por JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S., según la cual el actor laboró como trabajador en misión para la usuaria MANSARROVAR ENERGY desde el **2 de marzo de 2014 y el 13 de noviembre del mismo año** en el cargo de “Encuellador Mtto de pozos” y a folio 77 del archivo 01 certificación expedida por SERDAN MISIÓN TEMPORAL conforme a la cual el señor JORGE ANDRÉS BOHÓRQUEZ GUTIÉRREZ laboró en esa organización desde el **18 de diciembre de 2014 hasta el 14 de mayo de 2017** desempeñando el cargo de ENC MAT POZOS con un contrato laboral a término “labor contratada” y devengó un ingreso mensual de \$2.976.480 y conforme a los comprobantes de nómina vistos a folios 78 y siguientes prestaba sus servicios a MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

Así las cosas y como efectivamente fue aceptado por el demandante en el interrogatorio de parte fue vinculado mediante las empresas mencionadas para prestar sus servicios a la usuaria demandada MANSORVAR ENERGY COLOMBIA

LTDA, lo cual es acorde con las certificaciones relacionadas anteriormente, es de resaltar que en el evento de encontrarse que no se cumplen los requisitos de las normas que rigen este tipo de contratos, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, de que es la verdadera empleadora y las empresas de servicios temporales son simplemente intermediarias.

En el caso en estudio es necesario tener en cuenta que no fue objeto del recurso la vinculación del demandante con las empresas ya mencionadas, ni los extremos de estas vinculaciones, como tampoco que fuera la beneficiaria del servicio, por lo que se analizará si la contratación cumplió con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, esto es, que esta contratación procede "cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo".

El Decreto 4369/06 Artículo 6º que dispone que *"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo,"* y señala que es trabajo ocasional o transitorio es el de corta duración que "se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador", toda vez que las E.S.T. no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal que se requiere de carácter permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la Ley.

En relación con las labores que desempeñaba el demandante está demostrado que durante todo el tiempo en que prestó sus servicios lo hizo en el cargo de ENCUELLADOR y MANTENIMIENTO DE POZOS, sin que la demandada hiciera manifestación alguna frente a esta función; respecto de la cual considera la Sala acertada la decisión de primera instancia, toda vez que esta actividad corresponde a la labor normal que realiza la demandada pues, según el certificado expedido por la Cámara de Comercio (fs. 42 a 50) tiene como objeto social "todos los negocios y actividades relacionadas con la exploración, explotación, producción y transporte de hidrocarburos y sus derivados y la exploración de minería".

Por su parte, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 establece:

“Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

En atención a la norma trascrita las empresas de servicios temporales solo pueden contratar por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, y como se acredita con la prueba documental la contratación del demandante superó dicho término, pues estuvo vinculado desde el 12 de mayo de 2012 hasta el 14 de mayo de 2017,

Adicionalmente, el mencionado Decreto 4369 de 2006, en el párrafo de su artículo 6, agregó:

PARÁGRAFO. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

En este caso es evidente que el objeto específico del contrato subsistió con posterioridad al vencimiento del plazo indicado en la citada norma y por ello el trabajador continuó prestando sus servicios cumpliendo con la misma labor a través de diferentes empresas de servicios temporales no obstante existir prohibición legal al respecto y en consecuencia, conforme a estas pruebas el verdadero empleador era MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

En relación a que la empresa PETROTIGER no es una empresa de servicios temporales, se observa que ello no fue indicado en la contestación de la demanda; no fue objeto de controversia en el curso del proceso, ni se aportó prueba de ello, pues al proceso no se allegó certificado de la Cámara de Comercio de esta empresa que así lo acredite y la excepción previa de falta de integración del Litisconsorcio

necesario con las empresas que suscribieron contratos con el actor, no fue declarada en primera instancia, decisión que fue confirmada por esta Corporación el 4 de junio de 2020, razones por las que no le asiste razón a la demandada recurrente en este aspecto.

En cuanto a que se dieron interrupciones en la prestación de servicios entre los diferentes contratos tal como consta en las certificaciones laborales, es claro que se declaró la existencia de un solo contrato en razón a que las interrupciones entre uno y otro contrato se dieron por periodos cortos y se volvió a vincular al trabajador a través de otra empresa para ejercer la misma labor, por lo que se tiene en cuenta lo indicado en un caso similar adelantado contra la misma demandada, en la sentencia de la CSJ SL1530 de 2022, en relación a que “las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual” y no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo, por lo que se confirma en este punto la decisión recurrida..

Indicó que al declararse que el demandante no es beneficiario del fuero por salud, debe tenerse en cuenta la excepción de compensación propuesta, porque en la transacción se pagó la suma de \$17.858.880 por terminación del contrato conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por lo que dicho valor debe compensarse como indemnización a la terminación del contrato sin justa causa.

En efecto, no se declaró la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que no fue objeto de apelación por la parte acora, por lo que se pasa a revisar el acuerdo de transacción celebrado entre las partes y que obra a folios 148 a 152 del archivo 1, en el que se pactó en el punto 2 (i) el pago de la suma de \$7.530.494 como parte adicional de la suma conciliatorios y en (ii) el pago de la suma de \$17.858.880 de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es decir que en el acuerdo mencionado no se pactó el pago por concepto de la sanción de que trata el artículo 64 del C.S.T., por lo que no le asiste razón a la demandada en cuanto a que dicho valor debe ser compensado, pues se trata de un concepto que no fue objeto de la transacción y lo que se tuvo en cuenta en la sentencia para la compensación fue el (i) la suma de \$7.530.494 como “parte adicional de la suma conciliatoria.”

Respecto a la aplicación de la convención colectiva, manifestó que la convención vigente del 2015-2018, no fue suscrita con la USO sino por SINTRAMINENERGETICA, sindicato al que no estaba afiliado el demandante por lo que no era beneficiario de esta.

La convención colectiva vigente para el periodo 2015-2018 obra a folios 37 a 71 del archivo 1, en efecto fue suscrita entre MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA MINERA PETROQUÍMICA, AGROCOMBUSTIBLE Y ENERGÉTICA y no con la USO.

Sin embargo, en el artículo 101 (f. 70) indica que se aplica a los “trabajadores de MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA que estén prestando sus servicios a la empresa en forma permanente y a quienes posteriormente ingresen al servicio de ella y que tenga derecho de acuerdo a la ley”, por lo que no era necesario que el trabajador demandante perteneciera a dicha organización sindical para que le fuera aplicable, como parece entenderlo la parte recurrente, sino que bastaba que prestara sus servicios a la empresa en forma permanente, lo que como ya se indicó, ocurrió en este caso y es la razón por la que se declaró la existencia del contrato de trabajo.

Por último, en relación con el pago de la diferencia correspondiente a los aportes a seguridad social, que es el único objeto de apelación por parte del demandante, se tiene que esto fue solicitado en el numeral 12 de las pretensiones principales de la demanda y que fue reconocido por el juzgado el aumento de salario conforme a la convención colectiva, motivo por el cual se genera una diferencia en el pago de los aportes a seguridad social en pensiones puesto que conforme al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, “durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”, por lo que en este caso y dado que se reconoció un incremento en el salario del actor, se modificará el ordinal tercero de la decisión de primera instancia para condenar a la demandada a efectuar el pago de las diferencias en los aportes a pensiones a COLPENSIONES, entidad a la que se encuentra afiliado el trabajador, tomando en cuenta el incremento salarial que le fue reconocido en la sentencia de primer grado

Costas a cargo de la parte demandada. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV

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

RESUELVE:

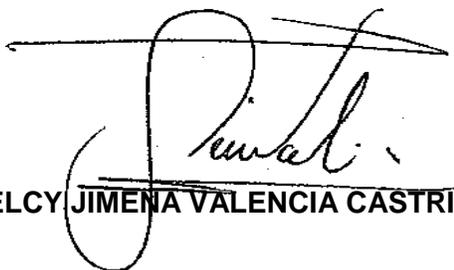
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia del 4 de noviembre de 2022, para incluir la condena a la demandada MANSARROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA al pago de la diferencia en los aportes a seguridad social en pensiones tomando en cuenta el incremento del salario devengado por el trabajador y reconocido en la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión proferida el cuatro (4) de noviembre de 2022, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV, al momento de su pago

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2019-00005-01
DEMANDANTE:	ANA ALBÁN ACHINTE
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 14 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá- Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Seguridad social
DECISIÓN:	CONFIRMAR

Hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia del 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ANA ALBÁN ACHINTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-011-2019-00005-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó la demandante a la AFP PORVENIR S.A.; se declare que la demandante no recibió información alguna por parte del fondo sobre los beneficios y consecuencias del traslado y por tanto este deviene en ineficaz.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los aportes en pensiones realizados por la actora, bonos, aportes adicionales, frutos e intereses a la demandada COLPENSIONES, y a ésta a validar los aportes e incorporarlos en la historia laboral de la demandante y se condene al pago de las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 9 de marzo de 1960 y comenzó a cotizar al ISS el 15 de septiembre de 1986 y hasta el 30 de abril de 1990, en que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.,

Que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con 34 años y había cotizado 442 semanas, por lo que considera era beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, actualmente se ve afectado su mínimo vital pues al momento del traslado no le informaron las consecuencias que conllevaba del traslado de régimen.

El 24 de septiembre de 2018 radicó solicitud de traslado ante COLPENSIONES lo que fue rechazado mediante comunicación del 31 de octubre de 2018 y el 29 de noviembre radicó ante PORVENIR S.A. solicitud de traslado, la que fue resuelta negativamente el 4 de diciembre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS; las cotizaciones efectuadas al RPM a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la reclamación presentada. Manifestó que no le constan los demás hechos

¹ Archivo 01 fs. 4-14 Expediente Digital

² Archivos 02, 03, 07 subsanación contestación Expediente Digital

de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma, aceptó los hechos relacionados con el traslado de la demandante al RAIS y la reclamación presentada ante el Fondo; manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, avocó el conocimiento del proceso en virtud de los Acuerdos PCSJA20-11686 y CSJBTA20-109 por auto del 19 de enero de 2022 (Archivo 06) y mediante Sentencia del 14 de marzo de 2023 (archivos 17 y 18), declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP PORVENIR S.A. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos, así mismo ordenó devolver los porcentajes correspondientes a la garantía de pensión mínima, los gastos de administración y primas de seguros previsionales. Ordenó a COLPENSIONES aceptar a la demandante en el RPM, reactivar su afiliación sin solución de continuidad y corregir la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó a PROVENIR S.A. al pago de las costas del proceso y ordenó remitir el proceso en consulta en caso de no ser apelada la decisión.

Como fundamentos de su decisión, señaló, en síntesis, que, si bien para el momento del traslado de régimen de la demandante era suficiente que la afiliada suscribiera el formulario, lo cierto es que desde el inicio de la creación del

régimen existía la obligación y deber del fondo de suministrar asesoría clara y suficiente al afiliado y no cualquier tipo de asesoría, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia, lo que acarrea como consecuencia la ineficacia de la afiliación. En relación con la carga de la prueba de la asesoría señaló que conforme a la jurisprudencia esta le correspondía al Fondo y en el caso en concreto, señaló que solo se allegó como prueba el formulario de afiliación y del interrogatorio de parte no era posible concluir que se hubiera suministrado la información necesaria para el traslado de régimen con el conocimiento de las ventajas y desventajas, así como los riesgos que le acarrearía el traslado, sino que la asesoría se centró en que el ISS se iba a acabar y la posibilidad de no obtener la pensión, por lo que su aceptación no podía ser convalidada con su permanencia en el RAIS, ni era procedente trasladar la obligación de la información a la demandante, motivo por el cual declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. argumento en contra de la decisión de instancia que si bien existe un precedente jurisprudencial este no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos y que en el presente asunto realizó válidamente la información, por lo que el traslado fue de manera voluntaria y debidamente informada conforme a la condiciones que estaban establecidas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante podía haberse informado y que ella debía haber realizado el mínimo esfuerzo para conocer la información. Que en caso de confirmarse la decisión, no deben devolverse los gastos de administración y demás, pues el fondo demandado actuó en legal forma y estos dineros se requerían para la cobertura en los riesgos de invalidez y muerte; además estos dineros no están en su poder, por lo que esto es improcedente su devolución y en consecuencia se desestime la condena en costas.

Por su parte COLPENSIONES recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que se debe absolver a COLPENSIONES por cuanto la demandante se encuentra bajo la prohibición legal para trasladarse pues ya le faltan menos de 10 años para adquirir la pensión conforme a la Ley 100 de 1993. Que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C. pues la responsabilidad recae únicamente en el fondo sin que exista prueba de la parte demandante, quien debía estar informada y por lo tanto su permanencia en el RAIS fue

consiente. Que COLPENSIONES no fue parte del traslado y se encuentra en desmejora al recibir a la demandante, lo que genera un quebranto al sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011,

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditaron las demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante y no la afiliada, como se pretende en el recurso de apelación.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la **AFP PORVENIR S.A. el 20 de abril de 1999** (f.47 archivo 03), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante **ANA ALBÁN ACHINTE** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó que el traslado a PROVENIR S.A. se dio en el año 1999, porque en ese año trabajaba en la Alcaldía de Andalucía Valle y reunieron a los empleados de la Alcaldía para asistir a una reunión grupal con un asesor del fondo en la Casa de la Cultura y allí les informaron de manera

general que el ISS se iba a acabar, en lo que el asesor fue muy convincente y les explicó que por tanto estaban en riesgo los aportes efectuados al ISS; que en el fondo privado había que cotizar menos tiempo que en el ISS y les solicitaron que llenaran un formulario, sin que ella hiciera preguntas al asesor. Respecto a los aportes que tenía en el ISS no le explicaron nada, como tampoco respecto a los rendimientos. Ella leyó y firmó el formulario y en cuanto a los beneficiarios indicó que incluyó a su compañero y a su hija, pero no conocía cuales era las consecuencias de registrarlos como beneficiarios, sino que ella los traía vinculados en el ISS. No le informaron nada sobre el régimen de transición. Con el tiempo investigó las diferencias entre los dos regímenes y se dio cuenta que le beneficiaba el régimen de prima media. Respecto al cambio del ISS a COLPENSIONES conoció en el 2015-2016, los requisitos de edad y semanas para pensionarse en COLPENSIONES, pero la solicitud la presentó en el 2018, cuando conoció que le era más favorable estar en el RPM y su investigación la hizo de manera personal, no tenía entonces abogado. (Min. 32:05 audio y acta de audiencia archivo 17).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,

las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, se debe confirmar la decisión del A quo en cuanto ordenó trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y porcentajes de garantía de pensión mínima, incluyendo los gastos de administración y seguros previsionales, con cargo a los recursos de la AFP PORVENIR S.A., por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se modificará la sentencia en ese sentido, como quiera que este punto del asunto se estudia en virtud de los argumentos expuesto por COLPENSIONES.

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

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

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que*

la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

Por otra parte, el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

Por último, respecto a que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para traslado de fondo, esto es, dentro de los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, se reitera que no se trata el caso en estudio de un traslado de régimen, como tampoco de la nulidad del traslado, sino de la ineficacia de éste, por lo que decretada la ineficacia del traslado, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que éste se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, razón por la cual no aplica al caso en estudio esta prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su totalidad

Costas en esta instancia por no haber prosperado los recursos interpuestos serán a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1SMMLV para cada una.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1SMMLV para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ