

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:	11001-31-05-005-2021-00246-01
DEMANDANTE:	MARTHA LUCIA ALVAREZ ROJAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 20 de enero de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	MODIFICA Y ADICIONA

Hoy, treinta (30) de junio 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 esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 20 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA LUCÍA ALVARÉZ ROJAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-005-2021-00246-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia y anulación del traslado y de la afiliación al RAIS a cargo a PORVENIR S.A.; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y la afiliación al RPM; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de aportes, cotizaciones y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; se declare que, para todos los efectos pensionales, continúa gozando de todos los derechos y beneficios suministrados por COLPENSIONES a sus afiliados a través del RPM; y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de septiembre de 1965, que se afilió inicialmente al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones cotizando un total de 149.8 semanas, que en agosto de 1994 se trasladó al RAIS a través de HORIZONTE hoy PORVENIR debido a unas falsas expectativas y que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer. Posteriormente, el 22 de julio de 2004, efectuó traslado horizontal a PORVENIR S.A., toda vez que ingresó a trabajar con dicha administradora y por política de la entidad debía afiliarse.

Refirió, que PORVENIR S.A. su actual empleadora, no le brindó ningún tipo de asesoría durante el tiempo que ha estado vinculada ni le informó sobre la prohibición de traslado antes de los 10 años de alcanzar la edad de pensión de vejez. Por último, que elevó ante Colpensiones la respectiva reclamación administrativa, recibiendo respuesta negativa, ante la imposibilidad jurídica de traslado conforme al artículo 2 del literal e de la Ley 797 de 2003.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que, conforme al deber de información dispuesto para la época, informó a la actora de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que componían al RAIS para que

¹ Fs. 4-22 Archivo 02 Expediente Digital

² Fs. 2-26 Archivo 06 Expediente Digital

tomara una decisión libre y voluntaria acerca del fondo que más se adaptara a sus intereses. No obstante, sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, ya que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, en este sentido no puede serle exigido a la demandada obligaciones inexistentes para la fecha señalada, como lo es la comparación de las ventajas y desventajas entre los regímenes entre el RAIS y el RPM.

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

COLPENSIONES³

La Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Prima Media se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo el traslado de régimen de la demandante, además que si esta decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del RAIS, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no

³ Fs. 2-23 Archivo 07 Expediente Digital

debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 20 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante entre el RPM y el RAIS, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Por último, gravó en costas a la administradora privada.

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que, conforme al principio de relatividad jurídica, Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró el demandante con el fondo privado, y, por lo tanto, tiene efectos *inter partes*, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no puede verse ni favorecida ni perjudicada.

Agregó, que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y el ingreso de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema según lo establecido en el Acto Legislativo 001 de 2005 modificadorio del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, pues la decisión tomada por la parte actora se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza y bajo el cumplimiento de todos los requisitos establecidos por las normas que se encontraban vigentes para la fecha en la que se produjo. Agregó, que el precedente jurisprudencial vertido por la Sala de Casación Laboral no puede ser aplicado de manera homogénea e indiscriminada, sin tener en cuenta que Horizonte hoy Porvenir S.A. brindó una asesoría adecuada solo siendo necesario para el momento de traslado la suscripción del formulario de afiliación.

Sostuvo que, la actora con su experiencia por veinte años como asesora comercial de Porvenir S.A., cuenta con la información y conocimiento necesario para determinar qué régimen pensional era más beneficioso, no siendo lógico que una asesora comercial desconozca la información que ella brinda a los nuevos afiliados en el RAIS. Como soporte de lo anterior citó una sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal de Boyacá, sin señalar fecha, partes o radicado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer

como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARTHA LUCÍA ALVAREZ 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 es 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 demandado, 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, quien, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la parte demandante, lo que en este caso no cumplió la AFP demandada.

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 **HORIZONTE el 26 de agosto de 1994 (f. 74 archivo 06 y a PORVENIR S.A. el 22 de julio de 2004 (f. 68 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 las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por las AFP del RAIS demandadas, 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 por primera vez el demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que 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, máxime cuando en este caso por ser PORVENIR S.A. su empleadora podía aportar la documental relacionada con la capacitación que le había suministrado cuando ingresó a laborar como Asesora Comercial, según el formulario de afiliación y la fecha en que la había capacitado así como los temas que fueron parte de la capacitación, lo que no hizo en el presente caso, no obstante que la prueba estaba en su poder.

Del interrogatorio de la demandante **MARTHA LUCIA ALVAREZ ROJAS** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues ella manifestó que: *“se afilió a PORVENIR S.A. porque hizo cambio de empleador y diligenció el formulario que le presentaron en ese momento en la oficina. Señaló que no tuvo asesoría por parte de nadie de PORVENIR S.A., que su afiliación al RAIS era obligación por parte de su empleador, que tampoco recibió ninguna asesoría por parte de HORIZONTE S.A., que lo único que le informó era que iba obtener una mejor pensión. Señaló que el asesor de HORIZONTE no le explico el capital mínimo que debía tener para pensionarse por un salario mínimo mensual legal vigente, que lo único que le señaló era la rentabilidad de los fondos privados. Que inicio el proceso de ineficacia de traslado porque va a recibir por su pensión únicamente un millón de pesos. Que su labor como asesora comercial es realizar afiliaciones en pensiones y cesantías a PORVENIR S.A., que no recibió capacitaciones que solo fue enviada a realizar afiliaciones pero sin un conocimiento previo, que ella únicamente aborda al usuario para señalarse que con el RAIS se pensiona por edad y tiempo, que la edad de pensionarse para las mujeres es de 57 años y de hombres 62, que les decía también a los clientes que en el RAIS iban a tener muy buena rentabilidad en su cuenta individual, que ella no solicita historias laborales, ni hace proyecciones y que no conoce los detalles de cada régimen, que recibió capacitaciones en ventas, como abordar a*

los clientes, que en Barranquilla les explicaba a los clientes que tenía descuentos o trato preferenciales en tiendas como Jumbo o en revistas como en semana, pero nunca una capacitación jurídica, señaló que a los futuros clientes de PORVENIR S.A. les informaba que podría pensionarse por edad y tiempo. Que ella no hace doble asesorías, que como cliente a PORVENIR S.A. nunca le informaron de los beneficios de pensionarse en COLPENSIONES. (conteo de audio Min. 13:05 -29:47).

De la declaración vertida no se puede extraer que la actora recibió una debida asesoría e información conforme a los parámetros jurisprudenciales actuales, pues desde su afiliación inicial a HORIZONTE S.A. fue enfática en señalar que nunca recibió información acerca de los Regímenes pensionales ni tampoco de las consecuencias de su traslado de extinto ISS al RAIS. Luego manifestó que suscribió formulario de afiliación al momento de entrar a laborar con PORVENIR S.A. y si bien la demandada le suministró capacitación con posterioridad, ello no fue acreditado en el proceso pues aunque la demandante aceptó haber recibido capacitación, esta fue para su trabajo como asesora comercial, capacitación que indicó que estuvo relacionada en ventas, la forma en que debe abordar a los futuros usuarios y las ventajas comerciales de afiliarse a PORVENIR S.A., como descuentos en supermercados o revistas. Aunado lo anterior, es de resaltar que la actora en su declaración dejó entre ver su desconocimiento de las características del RAIS, al señalar que los requisitos para pensionarse en dicho régimen son de edad y semanas, lo que permite concluir que la información suministrada no fue clara ni completa y mucho menos oportuna.

Así las cosas, 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 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, 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. En cuanto a la devolución del afiliado demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, aportes al Fondo de garantía mínimo y seguros previsionales.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas 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).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, se revisa la decisión en atención al grado jurisdiccional de consulta, para lo que se tiene en cuenta que estos deben hacerse debidamente indexados. Al respecto, 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, aunque esto no hubiera sido solicitado por la demandante y no obstante que el capital produjera rendimientos o que se diera la cobertura de los seguros previsionales.

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. (...)”.

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 No. 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. (Negrillas fuera de texto).*

Respecto a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, debe adicionarse el ordinal segundo del resuelve de la sentencia emitida por el A quo, para en su lugar ordenar a PORVENIR 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 la demandante estuvo afiliada a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

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

RESUELVE:

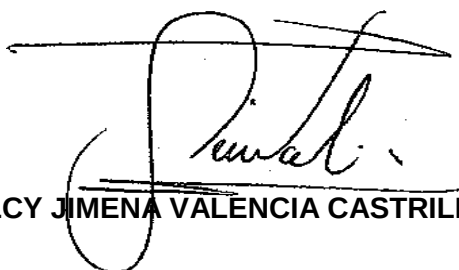
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de fecha veinte (20) de enero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la AFP. Estos recursos 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 en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

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:	11001-31-05-005-2016-00470-01
DEMANDANTE:	MARÍA EUGENIA BARÓN DE PERDOMO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de septiembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio 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. en contra de la sentencia del 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA EUGENIA BARÓN DE PERDOMO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-005-2016-00470-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende que se condene a la AFP al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre del señor Mauricio Perdomo Barón (Q.E.P.D.), a partir del 4 de septiembre de 2013,

¹ Páginas 1 a 12 Archivo 01 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor MAURICIO PERDOMO BARÓN cotizó para los riegos de IVM en la AFP PORVENIR S.A., desde el 14 de diciembre de 2010 hasta la fecha de su fallecimiento, que lo fue el 4 de septiembre de 2013, acreditando más de 100 semanas cotizadas. Que el causante no tuvo hijos, esposa, ni unión marital de hecho con convivencia durante más de 5 años. Que el afiliado fallecido en calidad de hijo, sostuvo económicamente a la demandante hasta la fecha de su fallecimiento, pues recibía su aporte para sufragar gastos de arriendo, servicios domiciliarios, alimentación, vestuario y medicamentos. Que no cuenta con propiedades, negocios, ni se encuentra pensionada.

Añadió que se separó de cuerpos del padre del causante, el señor Mario Perdomo Muñoz desde el 18 de diciembre de 1992, disolviendo y liquidando la sociedad conyugal mediante escritura pública 1630 del 28 de septiembre de 1.995. Que el afiliado fallecido convivió con ella desde agosto de 2008 hasta septiembre de 2011, pues desde el 16 de este último mes y año hasta diciembre de 2012, convivió con su padre por estar más cerca del trabajo. Que el padre del causante no dependía económicamente de este, dado que es pensionado del ISS. Que el *de cujus* convivió con Linda Melissa González López por el período comprendido entre diciembre de 2012 y el 4 de septiembre de 2013, fecha del deceso, acotando que la señora aludida no compareció ante la encartada para solicitar pensión de sobrevivientes, ni aportó la documentación que acreditara el tiempo de convivencia. Que en el mes de diciembre de 2013 reclamó el reconocimiento de la pensión ante Porvenir, la cual le fue rechazada, presentando reconsideración el 23 de julio de 2014, empero, le fue negada por segunda vez, bajo el argumento que existían personas con mejor derecho para reclamar el mismo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora de Fondos de Pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la demandante no probó su dependencia económica respecto del afiliado fallecido, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993,

² Archivo 06 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Acotó que al momento de fallecimiento del afiliado, este tenía una unión marital de hecho con la señora Linda Melissa González, quien en virtud de la normatividad *ejusdem*, tiene mejor derecho que la demandante, frente a quien no ha sido posible establecer las condiciones exigidas por la ley para acceder a la pensión, dado que no se ha acercado a la AFP.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia de obligación a cargo de mi representada por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 12 de febrero de 2019, se ordenó la vinculación de la señora Linda Melissa González López en calidad de *interveniente ad excludendum*³, sin embargo, esta persona no compareció al presente proceso.

Mediante auto del 29 de enero de 2020, se ordenó la vinculación del señor Mario Perdomo Muñoz, padre del causante, en condición de *interveniente ad excludendum*⁴, quien en escrito obrante en el archivo 31 del expediente digital, se allanó a la demanda formulada por la actora, argumentando que esta acredita la dependencia económica respecto del causante, para ser merecedora de la prestación que reclama.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5º) Laboral Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de septiembre de 2022, condenó a PORVENIR S.A. a pagar a la demandante una pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo Mauricio Perdomo Barón, a partir del 5 de septiembre de 2013, mesada que no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, la cual deberá ser liquidada conforme al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes legales y por 13 mesadas, prestación que deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó el pago; absolvió a la convocada de las demás pretensiones; declaró parcialmente

³ Páginas 10 a 12 Archivo 23 Expediente Digital

⁴ Archivo 26 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios y condenó en costas a la convocada.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que no obra prueba alguna dentro de las diligencias que permita advertir que la accionante tuviere ingresos económicos a la fecha del fallecimiento de su hijo, pues aunque en su interrogatorio mencionó que recibió \$30.000.000 al separarse de su pareja, lo cierto es que se trata de una cantidad que es poca y finita. Agregó que de la prueba testimonial emana la dependencia económica de la demandante frente al afiliado fallecido, específicamente de lo dicho por la hermana de este, pues tal declarante reconoció que ella se encargó de afiliar a su madre como beneficiara en el sistema de salud, pero que dos años y medio antes del fallecimiento del señor Mauricio estuvo desempleada, por manera que el canon de arrendamiento que es un elemento esencial para la vida digna, era asumido por el causante, del cual efectivamente existe un contrato de arrendamiento suscrito por el de *cujus* y su padre, siendo el primero de ellos uno de los obligados para el pago, acotando que el inmueble fue ocupado por la demandante, a quien también le colaborada el señor Mauricio Perdomo (QEPD), con alimentación y lo que esta requiriera.

También dijo que pese a que el causante luego se fue a residir con su padre, y finalmente, en los últimos meses de vida convivió con su pareja, lo cierto es que se acredita que tenía varias fuentes de ingresos por su trabajo como empleado dependiente, por ser miembro de una banda de música que realizaba diferentes prestaciones y en cuanto tenía emprendimientos como artista, siendo claro que tenía la posibilidad de seguir apoyando a su madre, aun cuando no convivía con ella. Concluyendo que la demandante tiene derecho a la prestación reclamada, muy a pesar que el causante convivió con su pareja en los últimos meses de vida, porque esta no formuló demanda, ni le interesó elevar solicitud ante Porvenir, acreditando un mejor derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que en el proceso obran dos contratos de arrendamiento, uno que da cuenta de un canon de \$290.000 y otro de \$500.000, sin embargo, no existe prueba que el causante asumiera ese rubro y mucho menos que la demandante fuera quien habitara el inmueble; aunado a que tales actos jurídicos tampoco indican los apartamentos que fueron objeto de arrendamiento.

Añadió que según la actora, su hijo le entregaba una suma mensual, sin embargo, ese hecho no se encuentra demostrado, máxime que a juicio de la recurrente era más fácil que el afiliado fallecido consignara el valor del arrendamiento a la propietaria del bien. Añadió que el causante no convivía con la demandante, pues la testigo Lina fue clara en indicar que su hermano fallecido vivió mayoritariamente con su padre, además, según la declaración del señor Jorge, tanto la actora como el causante, residían en apartamentos separados, por manera que no se entiende cómo pudo este último asumir todos los gastos de la señora María Eugenia.

Resaltó que en el presente caso era importante demostrar cuáles eran los gastos del causante, a efectos de determinar cuánto era el valor que este entregaba a la parte activa, pues la testigo Lina, quien tiene un claro interés en que a su madre se le reconozca la pensión, ni siquiera pudo dar fe de esos valores, lo cual ha debido conocer por la ayuda que su hermano le proporcionaba a su propia madre.

Adujo que los últimos meses de vida, el causante convivió con su pareja Linda Melissa González López, a quien reportó como beneficiaria en salud en calidad de cónyuge desde el mes de marzo de 2012, por manera que la señora aludida dependía del afiliado fallecido o por lo menos este le ayudaba económicamente.

Reiteró que no se probaron todos los gastos de la demandante en este proceso, además, tanto esta como la testigo Lina refirieron en sus declaraciones que el causante se fue a vivir con su padre, destacando la señora Lina que para esa época su hermano fallecido se veía alcanzado en sus gastos, de suerte que no tiene ningún sentido que continuara solventado las necesidades de la convocante.

Señaló que si bien el *de cujus* recibía ingresos adicionales, lo cierto es que no se pudo establecer el valor de los mismos, para concluir que estos eran suficientes para asumir los gastos propios y los de su progenitora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen

una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*; determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su hijo MAURICIO PERDOMO BARÓN (Q.E.P.D.)

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisarse que, en atención a los reparos esgrimidos por la pasiva en contra de la sentencia de primera instancia, no es objeto de controversia en esta instancia judicial el hecho de que el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por lo que el punto de análisis, tal como se dejó establecido en el planteamiento del problema jurídico, corresponde a establecer si la promotora de la acción acreditó los requisitos de ley para ser beneficiaria de la prestación económica que reclama.

En virtud del efecto general inmediato de la ley laboral, la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, MAURICIO PERDOMO BARÓN (Q.E.P.D.), que lo fue el 4 de septiembre de 2013, según se extrae del registro civil de defunción (Página 34 Archivo 01 ED). En ese sentido, la disposición legal que se adapta al estudio de lo debatido es el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que, respecto a los beneficiarios del causante, dispone en su literal **d)**, que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, **serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los padres del causante si dependían económicamente de este.**

Esgrimido lo anterior, lo primero que debe anotar la Sala es que no existe discusión en torno al parentesco de consanguinidad en primer grado, existente entre

la reclamante de la prestación y el afiliado fallecido, pues el mismo se constata del registro civil de nacimiento (página 33 Archivo 01 ED). Además, ha de decirse que, si bien desde la demanda se indica que el causante convivió con su pareja en los últimos meses de vida, no puede concluirse que esta desplaza a la demandante ante el derecho prestacional reclamado, toda vez que en el presente caso no se encuentra acreditado si ella tiene mejor derecho, en tanto que ni siquiera se preocupó por su reclamación.

Ahora, en lo atinente a la dependencia económica de los padres, ha interpretado la jurisprudencia especializada laboral, que esta no debe ser total o absoluta, indicando que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, con la condición de que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL6390-2016).

También ha reiterado la Sala de Casación Laboral, que el criterio de la subordinación económica parcial relacionado con el auxilio otorgado por el afiliado a sus progenitores que da lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debe ser cierto, periódico o constante y significativo, de manera que, ante la muerte del afiliado, se pongan en riesgo sus condiciones de vida digna (CSJ SL3797-2022).

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala no comparte los argumentos esbozados en el recurso de apelación formulado por la AFP demandada, pues contrario a lo allí indicado, se advierten claros elementos de juicio que brindan certeza sobre la dependencia económica de la demandante respecto del causante, por lo menos desde el 2009 hasta el fecha del fallecimiento.

Así, nótese que tal y como lo señala la recurrente, en el proceso obran dos contratos de arrendamiento de bien inmueble, que fueron suscritos por el causante y su padre, los cuales presentan diferentes fechas, pues el primero de ellos se celebró para ocupar el bien situado en la Carrera 27 a No. 71B 67 de Bogotá desde el 20 de abril de 2007, a cambio de un canon de \$290.000, mientras que el segundo contrato fue celebrado por las mismas partes, para arrendar el mismo inmueble, pero desde 16 de agosto de 2009, a cambio de un canon de \$500.000, como emana de las páginas 69 a 75 archivo 01 del ED, siendo claro, como lo resaltó el A quo que conforme a los aludidos actos jurídicos el causante figuraba como uno de los obligados o responsables de los cánones de arrendamiento.

Ahora bien, el hecho que la demandante no figurara en los mentados contratos, no significa que esta no dependiera económicamente del causante, porque contrario a lo manifestado en la alzada, se encuentra demostrado con contundencia que ella residió en el inmueble objeto del contrato junto con su hijo Mauricio Perdomo Barón y que era este quien asumía el valor del canon. Ello es así, porque la propia demandante cuando diligenció la solicitud de reconocimiento pensional, estableció como su dirección de residencia la definida en tales contratos de arrendamiento, esto es, Carrera 27 a No. 71B 67 de Bogotá (página 12 archivo 08 ED).

Aunado a ello, la testigo Lina María Perdomo, quien no fue tachada por sospecha, pese a tener la calidad de hija de la demandante, indicó de manera espontánea, conteste y coherente, que su hermano fallecido convivió con su madre en un apartamento de la señora “Doña Luz”, que quedaba en una casa conformada por varios inmuebles; que ello ocurrió desde el año 2009 hasta mediados del año 2012, porque después, su hermano se trasladó a la vivienda de su padre, dado que por su nuevo trabajo formal con una empresa, necesitaba que su progenitor le prestara el carro para desplazarse a sus presentaciones como músico. Añadió que hacía diciembre de 2012, su hermano comenzó convivencia con la señora Linda Melissa González hasta la fecha de su fallecimiento. Sobre la colaboración que brindó a su madre, dijo que el señor Mauricio Perdomo Barón (QEPD), se encargaba de pagar el arrendamiento y la alimentación de la activa, acotando que ese apoyo económico continuó incluso cuando dejó de convivir con ella, pues su padre no le cobraba ningún gasto al verlo alcanzado con las obligaciones de su madre y las propias, además, cuando convivía con Linda Melissa, la pareja tenía gastos compartidos, entonces pudo seguir solventando la manutención de su mamá, máxime que tenía ingresos adicionales como músico y artista, en tanto asistía a presentaciones con la banda musical a la que pertenecía y vendía zapatos que decoraba de manera artesanal, así como otras obras artesanales.

En igual sentido, dijo que ella como hija solo ayudaba a su madre con el servicio de salud, al tenerla afiliada como beneficiaria suya, pues dos años y medio antes de morir su hermano, ella se quedó sin trabajo fijo, y solo se pudo dedicar a las labores independientes de abogada, que no le reportaban un ingreso estable, acotando que eventualmente podía contribuir con mercado o con algo que necesitara la demandante. También precisó que su hermano mayor Camilo, no le ayudaba a su madre porque vive con el papá, no tiene un trabajo estable, ni tampoco

un título universitario. Finalmente, dijo que cuando falleció el causante, los hermanos de su madre la apoyaron al principio desde el punto de vista económico, y después, le tocó asumir a ella como hija la manutención de la demandante (min. 50:43 a 01:18:19 archivo 40 ED).

Lo anterior también fue corroborado por la señora Elsa Yolanda Bolaño de Contreras, amiga de la activa desde hace alrededor de 35 años y a quien le constan los hechos por tener contacto frecuente con la demandante, por encuentros y visitas a sus lugares de habitación. Sobre el punto de debate, dijo que la demandante dependía de su hijo fallecido, lo cual le consta porque en dos ocasiones presenció que este le entregó el dinero para pagar el canon de arrendamiento donde vivían. Que el causante era músico y tenía una banda llamada Carmina Urbana, con la cual hacía presentaciones en Hard Rock Café y en un bar llamado Orange, además, que en su calidad de artista hacía artesanías, pintaba tenis y bolsos para venderlos en Usaquén. Que la demandante también invertía el dinero que le daba su hijo fallecido en alimentación, precisando que ellos convivieron juntos en los Alcázares, que posteriormente, el causante se fue a vivir con su padre por temas de transporte para sus presentaciones y finalmente se “*organizó*” con su novia (Min. 01:20:40-01:33:56 Archivo 40 ED).

Finalmente, el testigo Jorge Iván Martínez Romero, en calidad de socio y amigo del causante, ratificó conforme a lo que presenció directamente, que el señor Mauricio Perdomo Barón (QEPD), era miembro de su banda Carmina Urbana desde el año 2002, con la cual hacían presentaciones cada 8 días; además, adujo que el causante como publicista tenía algunos clientes freelance y desarrollaba emprendimientos con artesanías. Que el causante convivió con su madre y finalmente con su novia (Min. 01:36:02-01:46:45 Archivo 40 ED).

De las declaraciones referenciadas, se tiene que en efecto, como lo señala la parte recurrente, ninguna hizo mención de la suma precisa de los gastos de la demandante y del causante, así como el valor mensual de los ingresos de este; sin embargo, tal circunstancia no hace nugatorio el derecho que le asiste a la activa de acceder a la pensión de sobrevivientes reclamada, porque de los dichos de los testigos, en especial, de la señora Lina Perdomo Barón, es claro que el causante por los menos en sus últimos dos años de vida, se encargó de asumir gastos fundamentales para subsistencia de la demandante, tales como el arrendamiento y la alimentación, ayuda económica que permaneció en el tiempo, pese a que el afiliado fallecido dejó de convivir con su madre, para residir en la casa de habitación

de su padre y finalmente, formalizar convivencia con su novia desde diciembre de 2012 y hasta la fecha de su deceso, que lo fue el 4 de septiembre de 2013.

Lo anterior, resulta creíble para la Sala de Decisión, porque a pesar de desconocerse el monto específico de los gastos que echa de menos la parte demandada, lo cierto es que este último contaba con diversos ingresos, provenientes de su trabajo formal con una empresa, sus presentaciones como músico y los emprendimientos que realizaba con artesanías que le permitían capacidad para asumir las obligaciones aludidas por los testigos, lo cual no se desdice por el hecho que en su último año de vida, conviviera, no con su madre, sino con su padre y su novia, como quiera que de la prueba testimonial es claro que el padre del causante no le exigía ningún aporte económico y con su pareja sentimental tenía gastos compartidos, evidenciándose así, que el causante apoyó a su madre hasta el fin de sus días, en una magnitud tal que cubría, se reitera, sus gastos de arrendamiento y alimentación, lo cual en efecto, como lo dijo el Juzgado de Conocimiento, denotaba una dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido.

Bajo ese contexto, resulta irrelevante que los contratos de arrendamiento suscritos por el causante no indicaran el número de apartamento que la actora ocupó o, que según el dicho del testigo Jorge Iván Martínez Romero, esta residía en un piso diferente al del señor Mauricio Perdomo, como quiera que la prueba testimonial es clara y contundente sobre el gran apoyo económico que el causante brindada a su progenitora, al punto que cuando se dio el fallecimiento, esta debió acudir a sus hermanos y a su otra hija para solventar las necesidades que eran costeadas por el afiliado fallecido.

En ese sentido, para la Sala se tiene por demostrado el requisito de dependencia económica exigido por el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, contrario a lo afirmado en la alzada, y por ese motivo es procedente el reconocimiento de la prestación reclamada por la activa, en los términos definidos por el Juzgado de Conocimiento, ya que sobre ello no media discusión.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, incluyendo 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,

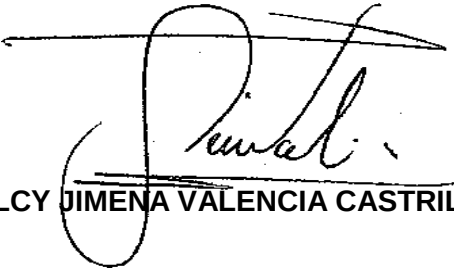
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto 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 demandada, incluyendo 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 RENDON 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:	11001-31-05-007-2021-00081-01
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA BARROTES CONTRERAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 25 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA LUCÍA BARROTES CONTRERAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. **11001-31-05-007-2021-00081-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., así como que se encuentra válidamente afiliada al RPM; como consecuencia de ello, condenar a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; condenar a COLPENSIONES a activar su afiliación y recibir la totalidad de los aportes a pensión; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM. Que el 23 de febrero de 2000 se afilió a la AFP Colfondos, porque el asesor de dicha sociedad le indicó que el ISS estaba teniendo problemas financieros, lo cual hacía incierto el futuro pensional de sus afiliados, por lo que la administradora de pensiones privada era una mejor alternativa, sin explicarle de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias, ventajas y desventajas del RPM y el RAIS, aunado a que tampoco se le informó sobre los factores que intervienen en la determinación de su mesada pensional, ni el monto que debía tener acumulado en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos positivos o negativos derivados del manejo financiero del fondo o sobre su expectativa de vida y la de sus beneficiarios, los descuentos sobre sus aportes, entre otros aspectos. Que la AFP demandada no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional. Que solicitó ante las convocadas la ineficacia de la

¹ Páginas 1 a 12 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

vinculación al RAIS y la reactivación de su afiliación al RPM, sin embargo, le fueron emitidas respuestas desfavorables.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, que en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

² Páginas 2 a 43 Archivo 14 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.³

La demandada COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que sí 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 Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante a la AFP COLFONDOS S.A. el 23 de febrero de 2000; condenó a dicha AFP a trasladar la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la parte activa, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM administrado por Colpensiones, así como todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y

³ Páginas 4 a 28 archivo 17 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

con cargo a sus propios recursos, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de 30 días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debiendo presentar un informe debidamente discriminado con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria; ordenar a Colpensiones a recibir a la actora sin solución de continuidad como afiliada al RPM desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que el acto jurídico de traslado efectuado por la convocante fue válido y produjo efectos jurídicos, pues la demandante efectuó sus cotizaciones, adquiriendo obligaciones. Añadió que en sentencias de la Corte Constitucional y del Tribunal Superior de Bogotá se han revocado decisiones que declaran la ineficacia del traslado, porque el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a esa decisión, máxime que de su elección depende su futuro pensional. Dijo que no se puede condenar a Colpensiones a recibir los aportes realizados durante tanto años por la demandante, para que disfrute de una pensión de vejez, porque no ha

contribuido para sostener el fondo común, pues ello conlleva a la descapitalización del sistema pensional, tema que fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004. Concluyó advirtiendo que la entidad debe ser exonerada de las costas procesales, toda vez que ha actuado de buena fe y si no accedió al traslado de la activa, ello se debió a la imposibilidad legal que existía para el efecto, conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La demandada **COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación exponiendo como argumentos que los asesores de la AFP brindaron una asesoría completa a la demandante respecto características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, sobre el retracto y los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Dijo que no es procedente la devolución de gastos de administración, descuentos por seguros previsionales y garantía de pensión mínima, pues le corresponde al asegurador restituir las primas percibidas, por efecto de la ineficacia que afecta el contrato de seguro, aunado a que la AFP en virtud de la ley solo está llamada a responder con su propio patrimonio por la mora en el pago de la prima. Advirtió además, que los gastos de administración tiene por finalidad retribuir la gestión realizada por la administradora de fondos de pensiones, de suerte que no corresponde al afiliado, menos aun cuando han sido previstos en la ley a favor de la entidad de previsión social, tanto en el RAIS como en el RPM, generándose un enriquecimiento sin causa con la orden de devolución. Concluye solicitando se absuelva de las costas de primer grado, por cuanto la sociedad ha actuado de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OLGA LUCÍA BARROTES CONTRERAS 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 a la afiliada la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

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

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

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

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

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con 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 **COLFONDOS S.A.** (página 110 archivo 01 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **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 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 afilió a Colfondos cuando trabajaba en Mercallantas, porque llegó un asesor que reunió a 10 personas diciéndoles que el ISS estaba muy mal, que se iba a liquidar y que la mejor opción que tenían era que se cambiaran al fondo privado, porque iban a quedar sin protección en materia pensional, sumando a ello que, gracias a los rendimientos financieros que se obtendrían, el valor de la pensión iba a ser mayor (Min. 08:44 – 20:50 archivo de audio y video 29 ED).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso 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 acertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones y Colfondos 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, fueron vencidas en juicio, lo que implica que asuman la carga económica antes aludida.

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

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

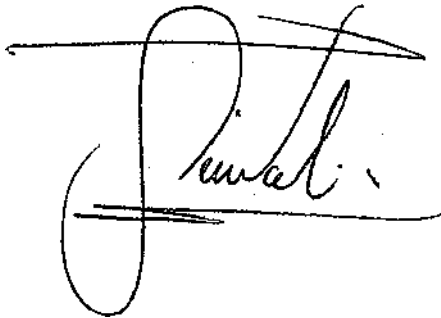
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de mayo 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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:	11001-31-05-008-2020-00088-01
DEMANDANTE:	PATRICIA DEL PILAR FORERO FIERRO.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta 25 de abril de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	Adiciona

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **PATRICIA FORERO FIERRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y las **AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-008-2020-00088-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al RAIS que realizó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 21 de junio de 1994, que se declare la ineficacia de traslado horizontal efectuado por la actora a PORVENIR S.A., el 25 de mayo de 2001 y como consecuencia se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado a las AFP demandadas y se ordene a PORVENIR S.A.S trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima y los gastos de administración a COLPENSIONES a recibir a la actora como afiliada sin solución de continuidad y a recibir los dineros que traslade la AFP PORVENIR S.A. y se condene al pago de las costas y gastos del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 2 de abril de 1963 y cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. El día 21 de junio de 1994 inducida por la información sobre los beneficios del RAIS, firmó su traslado a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. sin tener conocimiento claro de las consecuencias que conllevaría el cambio de régimen. Que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el 25 de mayo de 2001 hasta la fecha. Que esta última AFP, le realizó una simulación pensional arrojando como mesada pensional la suma de \$3.842.100, y la mesada pensional en el RPMPD a cargo de COLPENSIONES ascendería a la suma \$6.727.474. Que el día 18 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM, recibiendo una respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

¹ Folios 1- 11 archivo 01 del ED.

² , Folios 110-116 archivo 01 del ED.

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones, aceptó los hechos de la demanda relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, y las solicitudes de traslado a COLPENSIONES y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, la declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y de título para pedir.

PORVENIR S.A.,³ se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al RAIS y las solicitudes de nulidad de la afiliación. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S. A**⁴, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación efectuada por la demandante es un acto existente, válido exente de vicios del consentimiento y de cualquiera fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y /o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de abril de 2023, dispuso DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora PATRICIA FORERO FIERRO del régimen de prima media con

³ Folios 157-183, archivo 01 del ED.

⁴ Folios 123-139, archivo 01 del ED.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 21 de junio de 1994, a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. Condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de la demandante y a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN a devolver COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración, estos últimos debidamente indexados y las sumas adicionales. Ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores y condenó en costas a las administradoras privadas.

Como fundamento de su decisión, destacó lo indicado por la Corte Suprema de Justicia respecto a la información que debe suministrarse al momento de efectuarse el traslado de un afiliado y las consecuencias de la falta de información; así como la carga de la prueba a cargo de las AFP para acreditar el cumplimiento de este deber. Consideró que, conforme al interrogatorio de parte, la demandante al momento del traslado no recibió información clara y precisa de las opciones que existían para que tomara una decisión de manera informada. Citó como soporte de su decisión, la sentencia SL4360 2019, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Conforme a ello, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos, gastos de administración indexados y sumas adicionales, esto último conforme a lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, pues la declaratoria de ineficacia conlleva a la devolución de todas las sumas que hubiere recibido la actora en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros mencionados y a afiliar a la demandante sin solución de continuidad.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial, en lo relativo a la orden de devolución de gastos de administración, manifiesta que estos no proceden porque se realizó una gestión de buena fe lo

que ha generado rendimientos a la demandante, aunado que los mismos no ayudan a la consolidación de la pensión de vejez de la demandante, sin que pueda aplicarse un precedente de forma objetiva.

COLPENSIONES por su parte, indicó que el traslado que realizó la demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Manifiesta que, si bien en el proceso no se exigió una prueba documental, lo cierto es que los fondos no cuentan con la información de los asesores de la época, por lo que debía entenderse cumplida con la firma del formulario de afiliación. Que del interrogatorio se deduce que la inconformidad de la demandante es respecto del valor de la mesada pensional lo que no es causa suficiente para pretender la ineficacia de la afiliación.

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 PATRICIA FORERO FIERRO al Régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan y sobre la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

CONSIDERACIONES

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

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que

conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó ninguna de las AFP demandadas, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A. (f. 41 Archivo 03)** y a **PORVENIR S.A. (f. 3 archivo 4)**, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a

trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora manifestó respecto al traslado de régimen, que para la fecha en que se trasladó de régimen al RAIS a través de DAVIVIR, fue abordada por unos asesores de forma grupal y luego individual, que la asesora le manifestó que en el RAIS iba a recibir una pensión mayor a la que recibiría al Instituto de Seguro Social y que esta última entidad iba desaparecer; por lo que ante esta situación firmó el documento; la asesoría fue corta, les mostró el formulario y les dijo que el Fondo funcionaba igual que el ISS. Adujo, que solamente reviso los datos personales antes de firmar el respectivo formulario. Firmó el documento de manera libre y voluntaria, pero desconocía lo que esto implicaba. Frente al traslado horizontal efectuado a PORVENIR (mayo 2001), indicó que un asesor la abordó y le presentó el formulario de afiliación, pero ningún asesor le manifestó o expuso las características del régimen, ni tampoco como sería su mesada

pensional ni mucho menos de la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de los diez años para alcanzar la edad de pensionarse. (conteo de audio 25-45).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante.

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

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

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

Conforme con lo anterior, se debe adicionar la decisión del A quo en cuanto a ordenar trasladar a COLPENSIONES no solo los saldos obrantes en la cuenta

individual de la actora junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración, sino también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.S** por no haber prosperado los recursos de apelación interpuestos,

incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

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

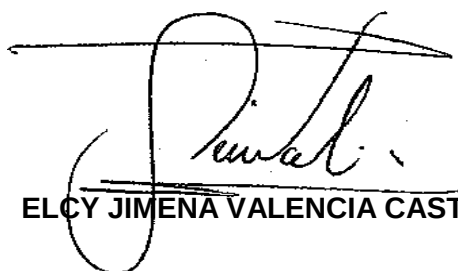
RESUELVE:

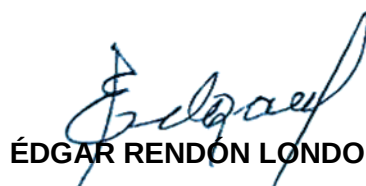
PRIMERO: ADICIONAR el ordinal TERCERO de la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito en el sentido de indicar que PORVENIR S.A., deberá devolver a COLPENSIONES, además de los valores allí indicados, también los valores descontados por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, sumas descontadas por la AFP que deben ser trasladadas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-010-2021-00117-01
DEMANDANTE:	LILIANA ESPINOSA RAMÍREZ.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 2 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 2 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LILIANA ESPINOSA RAMÍREZ** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-010-2020-00117-01**.

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

DEMANDA¹

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

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 1 de mayo de 1965, que se afilio al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 20 de octubre de 1995 hasta el mes de junio de 1999, que ingreso a laborar a la Universidad Antonio Nariño desde el 17 de enero de 1996, que luego para el año 1999, estando en estado de gestación su empleador procedió afiliarla unilateralmente a HORIZONTE AFP hoy PORVENIR S.A., que se trató de una afiliación con omisión al consentimiento propio, que no recibió, al momento del traslado de régimen, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que el 16 de diciembre de 2020, elevo derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.²

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

¹ Fs. 1-16 Archivo 001 Expediente Digital

² Fs. 2-29 Archivo 007 Expediente Digital

durante 22 años la demandante ha estado afiliada al RAIS sin que hubiera manifestado ninguna clase de inconformidad.

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

COLPENSIONES³

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

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 2 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A, efectuada el 1 de septiembre de 1999., en consecuencia, declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, y ordenó el regreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES; condenó a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR S.A. hacer entrega a COLPENSIONES de cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo

³ Fs. 2-12 Archivo 007 Expediente Digital
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo que al realizar la devolución debe incluir los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes; condenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de PORVENIR S.A. revise que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en la sentencia e imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

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

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada de forma parcial en cuanto a la condena en costas, bajo el argumento que la entidad Estatal compareció y actuó bajo el principio de buena fe, situación que la hace exenta de la condena establecida en el artículo 365 del Código General del Proceso.

La demandada **PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria conforme a lo requerido por la normatividad vigente para la época y que en consecuencia se entregaron a la demandante elementos objetivos para efectuar el traslado, sin que hiciera una doble asesoría para el momento, por lo que el traslado tenía plena validez; razón por la que solicita se revoque la decisión. Además, manifiesta que deben estudiarse las restituciones mutuas que debían existir frente a COLPENSIONES pues el Fondo administró los negocios de otro, entregando unos rendimientos superiores a los que hubiera obtenido por la afiliación de la

demandante y por lo tanto solo debería entrega los rendimientos que se hubieran podido generar en COLPENSIONES, configurándose un enriquecimiento sin justa causa. En relación con los gastos de administración, indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y los aportes en seguros previsionales fueron trasladados a otras entidades y no se encuentran en su poder.

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 LILIANA ESPINOSA RAMÍREZ al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

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

que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, es de señalar que brilla por su ausencia que la actora hubiere firmado y aceptado la afiliación a la administradora de fondo del Régimen privado, pues solo se cuenta con el sello y aprobación de la patronal “Universidad Antonio Nariño- Recursos Humanos”, tal como se advierte en la solicitud de vinculación HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., (f. 66 Archivo 007 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, por tanto no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a PORVENIR S.A. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la demandante fue clara en indicar que se vinculo directamente con la Universidad Antonio Nariño, efectuando aportes al extinto ISS hoy Colpensiones, que para

octubre de 1999 empezó su licencia de maternidad, luego cuando volvió para el año 2000, recibió una carta de bienvenida por parte de HORIZONTE, que en ese momento lo aceptó porque pensó que se trataba del mismo Régimen, que no recibió ningún tipo de información sobre las características y diferencias de los regímenes pensionales, que nunca autorizó el traslado y que revisado el formulario de afiliación no cuenta con su firma, que ha permanecido durante muchos años en el mismo fondo privado porque no sabía que podría trasladarse, que para el año 2020 fue a consultar su mesada pensional, siendo informada que su mesada solo ascendería a un 1 SMLMV, sintiéndose engañada. (Min. 19:31-25:40 archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración_ que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

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 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen*

sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

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

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

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

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás oportunidades procesales. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber

prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

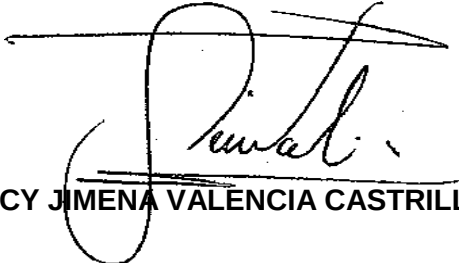
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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:	11001-31-05-011-2019-00224-01
DEMANDANTE:	MARÍA ELVIA GONZÁLEZ TRILLERAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Consulta Sentencia 31 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Intereses Moratorios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia del 31 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA ELVIA GONZÁLEZ TRILLERAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-011-2019-00224-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare que el señor Andrés Morales Sarmiento (Q.E.P.D.) era beneficiario del régimen de transición y que ella es beneficiaria de los derechos pensionales del causante en calidad de compañera. En consecuencia, se condene a la parte pasiva a reconocer los intereses de mora sobre las mesadas correspondientes a la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida dentro del proceso 11001310500520120055500, conforme a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que el 12 de junio de 2013 el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia dentro del proceso 11001310500520120055500, en la cual declaró que en calidad de compañera del causante Andrés Morales Sarmiento (QEPD) tiene derecho a percibir la pensión de sobrevivientes que este dejó causada, determinación que fue confirmada por este Tribunal en su Sala Laboral en sentencia del 13 de septiembre de 2013. Que dentro de las decisiones aludidas no fue objeto de discusión el reconocimiento y pago de los intereses moratorios correspondientes a la pensión. Acotó que la solicitud de reconocimiento pensional acreditando el cumplimiento de los requisitos legales para el efecto, había sido elevada el 11 de octubre de 2010 ante el otrora ISS, la cual debió ser reconocida por la entidad desde el 6 de julio de 2010, fecha de fallecimiento del *de cujus*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa sostuvo, en síntesis, que en virtud del proceso ordinario laboral 11001310500520120055500 no se dispuso nada acerca del reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141

¹ Páginas 5 a 11 Archivo 01 del Expediente Digital

² Páginas 51 a 61 Archivos 01 del Expediente Digital

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

de la Ley 100 de 1993, aunado a que los mismos versan sobre mesadas dejadas de pagar sin justificación, cuando la prestación ya ha sido reconocida, más no por la mora en el reconocimiento de la prestación económica, dado que existen trámites reglamentarios que deben cumplirse.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para pedir, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de enero de 2023, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada; absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo en primer lugar que, en el caso de autos no se demuestra la cosa juzgada formulada por Colpensiones porque no obra prueba del proceso anterior seguido por la convocante, especialmente, la demanda, de suerte que no es posible constatar la identidad de objeto entre el presente trámite y el anterior. Dijo que el causante era beneficiario del régimen de transición hasta el año 2014, dado que al 1º de abril de 1994, contaba con 40 años de edad y más de 15 años de servicios cotizados, además, dejó consolidado el derecho a la pensión de sobrevivientes que por vía judicial le fue reconocida a la actora, porque acreditó 1.146 semanas, esto es, el número mínimo exigido por el RPM en tiempo anterior a su fallecimiento, en virtud del Parágrafo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, de suerte que el ISS debió reconocer la prestación de la activa cuando resolvió la petición que elevó el 11 de octubre de 2010, sin

embargo, esta fue negada en las Resolución 002809 de 2011, confirmada en las Resoluciones 043798 del 28 de noviembre de 2011 y 06328 del 20 de diciembre de símil año, por lo que serían procedentes los intereses moratorios pasados dos meses después de la solicitud, esto es, el 12 de diciembre de 2010 hasta la fecha del pago. Sin embargo, la actora una vez se le notificó el último acto administrativo en mención, que lo fue 31 de enero de 2012, quedó habilitada para reclamar dichos intereses, procediendo a ello solo con la presentación de la demanda el día 21 de marzo de 2019, siendo claro que pasaron más de 3 años para el efecto, configurándose así probada la excepción de prescripción.

CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*,

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

si acertó el A quo en declarar probada la excepción de prescripción sobre los intereses moratorios reclamados por la actora respecto de su pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital a la luz de lo regulado por los arts. 60 y 61 del C.P.L., probanzas de las cuales se colige, que a la señora MARÍA ELVIA GONZÁLEZ TRILLERAS le fue reconocida una pensión de sobrevivientes desde el 6 de julio de 2010, en calidad de compañera del causante Andrés Morales Sarmiento, en cuantía de \$515.000, a cargo del otrora ISS, mediante sentencia del 12 de junio de 2013, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso 005 2012 00555 00, determinación que fue confirmada por la Sala Laboral de este Tribunal en sentencia del 13 de septiembre de 2013 (páginas 24 a 28 Archivo 01 del ED).

En punto a los intereses moratorios reclamados se tiene que la norma pensional que los consagró corresponde al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al señalar:

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

Pertinente es subrayar que si bien las mesadas pensionales para la prestación se causan a la fecha de cumplimiento de los requisitos de Ley, los intereses moratorios no se reconocen desde dicha data, pues las entidades de previsión social cuentan con un periodo de exención en el otorgamiento, que tratándose de la pensión por sobrevivencia corresponde a dos (2) meses contados desde la radicación de la solicitud pensional y, vencido dicho lapso, es que procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios bajo los apremios de la Ley 717 de 2001 en su artículo 1º.

Supuestos fácticos que en el *examine* se evidencian cumplidos, pues la demandante elevó la solicitud pensional el 11 de octubre de 2010, como emana de la Resolución 002809 del 28 de enero de 2011 (páginas 37 a 38 archivo 01 del ED), la cual le fue resuelta de manera definitiva incluidos los recursos de reposición y apelación, mediante la Resolución 26328 del 20 de diciembre de 2011, notificada el 31 de enero de 2012 (páginas 43 a 47 archivo 01 del ED), en el sentido de negar la prestación, pese a que tenía derecho a la misma, pues así emana de las decisiones judiciales aludidas, en las que le fue reconocida la pensión desde la fecha del fallecimiento del causante, que lo fue 6 de julio de 2010, dimanando en la causación de los intereses moratorios pasados dos meses contados a partir de la reclamación, es decir, desde el 12 de diciembre de 2010 y hasta la fecha en que se le pagó la prestación en mención, junto con el retroactivo pensional, lo que ocurrió en el mes de noviembre de 2014, según se evidencia de certificación expedida por Colpensiones que se cita a continuación³:

Que revisada la base de datos de la nómina de Pensionados de la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, a **GONZALEZ TRILLERAS MARIA ELVIA** identificado(a) con Cédula de ciudadanía No. **41458887**, con número de Afiliación **919124482150**, se le concedió **PENSION SOBREVIVIENTE**, como beneficiaria del señor **MORALES SARMIENTO ANDRES** quien en vida se identificaba en la CC. **19124482**, mediante resolución No. **374926** de **22/10/2014**, prestación que ingreso para la nómina de **noviembre** de **2014**, reportando a la fecha estado **ACTIVO**.

Nombre : GONZALEZ TRILLERAS MARIA ELVIA

Afiliación : 919124482150

Que para la NOMINA DE NOVIEMBRE DE 2014 en la entidad 3 - OCCIDENTE C. P. 2DA QUINCENA - 284 - 0 - CENTRO DE PAGOS CALLE 34 BOGOTA se le giraron los siguiente valores:



DEVENGADOS		DEDUCIDOS	
VALOR PENSION	616,000.00	SALUD SALUDCOOP	73,920.00
MESADA ADICIONAL	616,000.00	SALUD RETROACTIVO SALUDCOOP	3,536,228.00
NOTA DEBITO	35,754,584.00		
TOTAL DEVENGADOS \$	36,986,584.00	TOTAL DEDUCIDOS \$	3,610,148.00
		NETO GIRADO \$	33,376,436.00

Cualquier información adicional que el despacho considere, se atenderá con la mayor

³ Paginas 13 a 14 Archivo 02 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Ahora bien, definido el derecho a los mentados intereses, debe analizarse la excepción de prescripción, dado que la misma fue propuesta por la demandada en su contestación.

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existe normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...» (Subraya y resalta la Sala).

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí, dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción de tal fenómeno.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio legalmente recaudado, no se evidencia que la demandante haya elevado reclamación tendiente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios ante la entidad convocada, por lo que debe tenerse como interrumpido el término de la prescripción con la presentación de la demanda, que ocurrió el 21 de marzo de 2019 (página 33 archivo 01 del ED), siendo claro que el *libelo genitor* se tramitó por fuera del término de 3 años aludido, pues como se indicó, los intereses moratorios reclamados se causaron hasta el mes de noviembre de 2014, por tanto, acertó el Juzgado de primer grado en declarar probada la excepción de prescripción sobre los mismos.

Así las cosas, no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

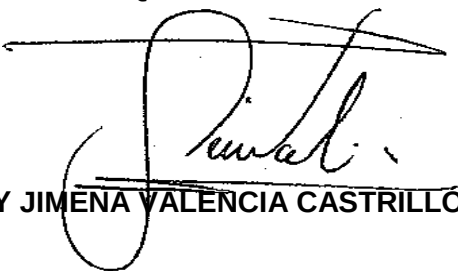
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 31 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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:	11001-31-05-011-2019-00830-01
DEMANDANTE:	HERNANDO ROBLES MÉNDEZ
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 19 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Mesada Catorce
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior del 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 UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 19 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **HERNANDO ROBLES MÉNDEZ** contra **UGPP** con radicado No. **11001-31-05-011-2019-00830-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción en síntesis pretende, se declare que tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha que cumplió 55 años para disfrutar la pensión convencional, esto es, desde el 4 de diciembre de 2009, por haber adquirido su derecho el 27 de junio de 1.999, previsto en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la organización sindical Sintracreditario, es decir, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005; como consecuencia de ello, solicita ordenar a la demandada restablecer el pago de la mesada de junio desde el 4 de diciembre de 2009 y a futuro, junto con la indexación, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, siendo terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1.999 por parte de la empleadora, data desde la cual adquirió la pensión prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la cual se hizo exigible cuando cumplió la edad de 55 años, esto es, el 4 de diciembre de 2009. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia emitió la Resolución No. 146 del 27 de junio de 2010, mediante la cual reconoció a su favor la pensión de jubilación convencional, en cuantía inicial de \$896.762,74, desde el 4 de diciembre de 2009. Que mediante Resolución 5974 del 28 de diciembre de 2012, la mentada entidad indexó el valor de la primera mesada pensional en valor de \$1.645.130,43, desde el 4 de diciembre de 2009. Que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio o mesada 14. Que agotó la correspondiente reclamación administrativa.

¹ Páginas 4 a 14 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando en síntesis que, la pensión del actor es superior a 3 SMLMV y se reconoció desde el 4 de diciembre de 2009, por manera que a las voces del Acto Legislativo 001 de 2005, no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación, sobre la condena en costas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de mayo de 2023, declaró que el demandante tiene derecho a que la UGPP le reconozca y pague la mesada adicional de junio o 14 de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida conforme al artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la organización sindical Sintracreditario; condenó a la demandada a reconocer y pagar al actor la mesada adicional de junio o 14, desde el 29 de noviembre de 2016, cuyo retroactivo a la fecha de la sentencia asciende a la suma de \$14.396.080, el cual debe pagarse debidamente indexado; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 29 de noviembre de 2016; condenó en costas a la UGPP.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo*, después de hacer referencia a la jurisprudencia relativa a la causación de la pensión de jubilación convencional de la Caja Agraria y la vigencia de la mesada adicional de junio, que en el caso del demandante la causación de la prestación de jubilación tuvo lugar el 27 de junio de 1999, momento en el que se retiró de la Caja de Crédito

² Páginas 50 a 54 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Agrario, Industrial y Minero, luego de haber prestado sus servicios durante 24 años, 2 meses y 6 días, de manera que dentro de su situación pensional no tiene ninguna incidencia el Acto Legislativo 001 de 2005, puesto que al retiro ya se había causado su pensión, siendo la edad un requisito de exigibilidad del mismo. En ese orden, concluyó que no le asiste razón a la defensa de la UGPP, y por lo mismo, el actor tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14 o adicional de junio, desde el 4 de diciembre de 2009, encontrándose afectados aquellos rubros causados con anterioridad al “29 de octubre de 2016”, dado que la reclamación administrativa se elevó el “26 de octubre de 2019” y se radicó demanda el 12 de diciembre de símil año.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA UGPP**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, toda vez que su derecho pensional se causó en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, esto es, desde el 4 de diciembre de 2009, cuando cumplió 55 años, conforme a los diferentes actos administrativos elevados por la entidad, cuyo monto se fijó al equivalente de 3,31 veces el salario mínimo legal, que para la época ascendía a \$496.900, no encontrándose reunidos los requisitos para el reconocimiento de la prestación reclamada. Dijo que conforme a los artículos 365 y 366 del CGP, para imponer condena en costas es necesario que aparezca probado en el expediente que las mismas se causaron, aunado a que para fijar el monto deben analizarse las circunstancias de cada caso, por manera que no se trata de una condena automática, sino que se debe estudiar la conducta asumida por las partes y determinar si se probaron y causaron, acotando que la entidad no ha actuado por fuera del marco legal, ni ha realizado conductas perturbadoras dentro de la administración de justicia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión

no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, 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 el accionante es beneficiario de la mesada catorce y si es procedente la condena en costas en contra de la accionada.

No se presenta discusión en lo que atañe a la condición de pensionado de HERNANDO ROBLES MÉNDEZ, lo que adicional se ratifica de los medios de convicción adosados al plenario, que se analizan bajo lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el A quo, que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional, a través de la Resolución No. 146 del 27 de enero de 2010, a partir del 4 de diciembre de 2009 y en cuantía de \$896.762,74 (páginas 16 a 19 archivo 01 del ED), la cual fue indexada en valor de \$1'645.130,43 a partir del 4 de diciembre de 2009, mediante la Resolución 5974 del 28 de diciembre de 2012 (páginas 22 a 23 archivo 01 del ED); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

Teniendo claridad de los presupuestos fácticos a que se circunscribe la *Litis*, esta Sala de Decisión se permite iniciar el estudio de la alzada relatando

la disposición que dio lugar a la prestación rogada, concerniente al artículo 41 de la Convención Colectiva, que a la letra enseña³:

«A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, Continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no haya adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios en la institución...».

A su turno, el inciso 8º, artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005 fue diáfano en señalar que «Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento» (Resaltado de la Sala), y el parágrafo transitorio 6º de la norma *eiusdem*, adoctrina:

«Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año» (subraya de la Sala)

³ Páginas 24 a 25 Archivo 12 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Descendiendo al caso objeto de estudio, en primer lugar, debe partirse del hecho cierto, que al señor HERNANDO ROBLES MÉNDEZ le fue reconocida la pensión de jubilación convencional por los servicios prestados entre el 22 de abril de 1975 y el 27 de junio de 1.999, es decir, por espacio de 24 años y 66 días.

Es así, como se puede concluir sin dubitación alguna que el ex trabajador, tenía derecho al reconocimiento de la mesada catorce, teniendo en cuenta que fue por imperio de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 se estatuyó, sin diferencia o exclusión alguna, que esta prestación económica se reconoce a «Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994», sin que el Acto Legislativo 01 de 2005 afectara los derechos adquiridos con anterioridad a su expedición, como quiera que la edad prevista en la Convención Colectiva de Trabajo referenciada, constituye un requisito de exigibilidad tal y como lo ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL4049-2022, en la cual moduló que:

«Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente

con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

(...)

La vigencia de las relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la prestación, por eso, al lado de otros presupuestos, como por ejemplo el tiempo de servicio, el cumplimiento de la edad pensional durante su vigencia termina siendo consecuencia necesaria de su naturaleza temporal.

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional». (Subraya fuera de texto).

Por tanto, el aquí demandante solo debía acreditar el cumplimiento del tiempo de servicios con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, para consolidar su derecho pensional convencional. Luego entonces, al haberse causado el mismo en el año 1997, cuando fue retirado de la Caja Agraria con más de 20 años de servicios, el reconocimiento y pago de la mesada de junio o catorce, no se vio afectada por tal reforma constitucional, contrario a lo indicado por la pasiva en su alzada, quien erradamente indica que la pensión de jubilación del actor se consolidó cuando le fue reconocida en el año 2009.

Puestas así las cosas, habrá de confirmarse la decisión controvertida en este aspecto y se procederá a revisar tanto la excepción de prescripción, como el retroactivo otorgado en primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la UGPP.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Al reconocerse el derecho en cabeza del demandante, se debe entrar a estudiar el fenómeno prescriptivo propuesto por la UGPP, al momento de contestar la demanda. Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva, es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»*.

En ese orden, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia a páginas 24 a 31 archivo 01 del ED, la reclamación administrativa radicada ante la UGPP el 29 de octubre de 2019, por lo que, al haberse suspendido el pago de la mesada adicional en el año 2013 (página 34 archivo 01 del ED), el actor contaba con tres años para elevar la correspondiente reclamación, misma que fue ejecutada tan solo hasta el año 2019, fluyendo innegable que las mesadas causadas con anterioridad al 29 de octubre de 2016, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, máxime que la demanda fue radicada el 12 de diciembre de 2019 (página 37 archivo 01 del ED), siendo oportuno acotar que si bien el Juzgado de Conocimiento erró al indicar que la prescripción debe declararse sobre las mesadas causadas con anterioridad al 29 de noviembre de 2019, habrá de dejarse esta última fecha, por cuanto ello no fue debatido en la alzada y este punto se estudia por virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la UGPP.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Efectuados los cálculos aritméticos de rigor, se evidencia que, las mesadas adeudadas al demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores:

Tabla Retroactivo Pensional Mesada 14					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento	Valor mesada calculada	No. de mesadas	Subtotal
1/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.194.892,93	1	\$ 2.194.892,93
1/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.284.664,05	1	\$ 2.284.664,05
1/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.357.316,37	1	\$ 2.357.316,37
1/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.446.894,39	1	\$ 2.446.894,39
1/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.486.289,39	1	\$ 2.486.289,39
1/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.626.018,85	1	\$ 2.626.018,85
1/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 2.970.552,53	1	\$ 2.970.552,53
			TOTAL		\$ 17.366.628,51

Así, se obtuvo un valor de \$17.366.628,51 como retroactivo causado a título de mesadas pensionales adicionales a favor del actor, el cual debe pagarse de manera indexada, siendo lo procedente modificar la decisión de primer grado en tal suma dineraria, dado que la misma se encuentra actualizada al 30 de junio de 2023.

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

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso 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 acertada la decisión del a quo de imponer condena en costas a la pasiva, por tratarse de la parte vencida en el presente trámite, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, que no fueron acogidas, ni salieron avante. Siendo lo procedente confirmar dicha condena.

Costas en esta instancia a cargo de la **UGPP** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 19 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis (46) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **UGPP** a pagar a favor del actor la suma de \$17.366.628,51 a título de retroactivo pensional causado por las mesadas adicionales generadas desde el 29 de noviembre de 2016 hasta el 30 de junio de 2023, junto con las que se causen en lo sucesivo, el cual debe cancelarse debidamente indexado a la fecha de pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

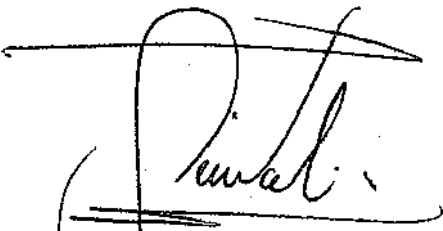
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **UGPP** por no haber prosperado su recurso de apelación, 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:	11001-31-05-015-2022-00042-01
DEMANDANTE:	PHILIP RAY DUNLAVY
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 19 de abril de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Perjuicios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio 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 presentando por la parte demandante contra la sentencia del 19 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **PHILIP RAY DUNLAVY** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-015-2022-00042-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare a Protección S.A. patrimonialmente responsables por violación de los reglamentos y garantías legales y constitucionales, ocasionados al actor por el traslado efectuado del

¹ Páginas 1 a 8 Archivo 01 Expediente Digital

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia de lo anterior se ordene el pago de la indemnización plena, total y ordinarias de perjuicios, que se condene a pagar por lucro cesante la diferencia que resulta entre la mesada que debió recibir en el RPM y la mesada pagada por Protección S.A., al pago de perjuicios morales por valor de 100 SMLMV, que se indexen las sumas reconocidas, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 6 de enero de 1935 y se encuentra actualmente pensionado por la pasiva desde el mes de diciembre de 2006. Que inicialmente se afilió al otrora ISS, desde el 1 de julio de 1979, que antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, contaba con 759 semanas, lo que significa que para el 6 de enero de 1995. Data en que cumplió los 60 años de edad, tuvo la oportunidad de pensionarse en el RPM. Posteriormente, sin ninguna asesoría por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. fue afiliado al fondo de pensiones que administra dicha entidad, trasladándose al RAIS el día 1 de agosto de 1998. Que la AFP demandada no le suministró ningún tipo de información respecto de las incidencias del traslado, ni tampoco le brindó asesoría adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía el mismo. Que la AFP PROTECCION han causado un grave perjuicio, ya que con el traslado de régimen efectuado en principio perdió el derecho a una cuantía de la mesada pensional más alta a la que reconocería el fondo privado, como también la posibilidad de pensionarse desde el año 1995

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que no existe fundamento fáctico que determine la responsabilidad del año que aduce el actor que padeció, pues desde su afiliación y durante su permanencia, ha cumplido de manera rigurosa con lo dispuesto en las normas vigentes, sumado a que, tramitó y reconoció de manera oportuna la pensión de vejez solicitada, la cual disfruta a partir del 24 de enero de 2007, y que para el año 2022 recibe una mesada pensional de \$4.455.579.

Dijo que no ha desconocido ningún derecho fundamental, especialmente el de la seguridad social, como quiera que desde hace (15) años devenga mesada pensional, bajo la modalidad de retiro programado.

Formuló excepción de fondo que denominó; inexistencia de las obligaciones demandadas y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, prescripción de la pretensión de perjuicios, culpa del demandante, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 19 de abril de 2023, absolvió a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra, al declarar probada la excepción de prescripción del derecho de reclamar la indemnización de perjuicios y gravó en costas al demandante.

Como fundamentos de su decisión, inició por realizar un recuento procesal de los hechos de la demanda, pretensiones, contestación de la misma y sus enervantes excepciones. Luego, el *A quo* señaló que conforme al criterio actual de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de los pensionados no es procedente declarar la ineficacia de traslado, por tratarse de una situación jurídica ya consolidada y un hecho consumado, sin embargo, dejó abierta la posibilidad para que este tipo de personas demanden la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones, conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños, conforme a la sentencia SL373-2021. En ese orden, señaló que el demandante reconoce desde los hechos de la demanda que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Protección S.A., lo cual se corrobora con los documentos adosados en las diligencias.

Dijo que de las documentales y declaraciones recaudadas en el proceso no se advierte acreditado que la AFP Protección S.A. le brindara información clara y suficiente al accionante acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre estos, siendo claro que no se cumplió con el deber de información en su primera etapa de evolución, misma que implica una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo el conocimiento de la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese orden, señaló que la AFP demandada incumplió el deber que le imponía entre otros, el Decreto 663 de 1993, en su artículo 97, lo cual da lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios reclamada.

Señaló que antes de tasar los perjuicios, procedió a estudiar la excepción de prescripción formulada por la pasiva, citó los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, para concluir que la acción se vio afectada por el fenómeno extintivo, toda vez, que la sentencia SL373-2021, es enfática en determinar que el término de tres años comienza a correr desde el momento en que adquirió el estatus de pensionado, y que en el caso del actor fue para el año de 2007, y como la demanda solo fue incoada hasta el año 2022, es claro que la acción se encuentra prescrita.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante **PHILIP RAY DUNLAVY** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que si bien la jurisprudencia patria hace una distinción frente a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales y la de indemnización de perjuicios dándole a esta última un término de tres años, no está de acuerdo que la fecha hito a tener en cuenta sea el momento en que el actor recibió la mesada pensional sino el momento en que elevó su reclamación, pues es a partir de esta fecha en que tuvo conocimiento del perjuicio ocasionado por la AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no

constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se configuro el fenómeno extintivo de prescripción que impide el reconocimiento de perjuicios a cargo de PROTECCIÓN S.A..

CONSIDERACIONES

Debe señalarse en primer lugar que, no existe discusión en esta instancia en cuanto a que el señor PHILIP RAY DUNLAVY, cotizó al ISS hoy Colpensiones, del 1 de julio de 1979 al 31 de diciembre de 1994 (Historia laboral carpeta 02 del ED); que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A- el 1 de junio de 1996, como se evidencia en el formulario de afiliación (Página 63 archivo 07 del ED); que a la parte demandante se le reconoció pensión de vejez desde el 24 de enero de 2007, en cuantía de \$4.455.579 (Página 100 Archivo 0 del ED).

En lo concerniente a la extinción de las acciones y derechos laborales y de la seguridad social por el trascurso del tiempo, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que el término de prescripción de las acciones laborales es de tres años contados a partir de que la obligación se hace exigible, término que resulta aplicable al presente proceso, pues debe tenerse en cuenta, que la acción de reparación del daño o indemnización de perjuicios no es novedosa ni ajena al derecho laboral, verbi gratia, en materia laboral se tiene la acción para reclamar la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST por culpa patronal, la que se encuentra sujeta al término prescriptivo de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal

del Trabajo y de la Seguridad Social, aspectos que permiten a la Sala educir que el término de prescripción para reclamar la reparación del daño o indemnización de perjuicios por un pensionado del RAIS se deberá contar a partir de los 3 años desde el momento en que adquiere estatus de pensionado consolidado o materializado con el pleno disfrute pensional.

Del mismo modo, en sentencia SL9373-2017, respecto de la aplicación supletoria de la legislación civil frente al término de prescripción de las acciones del trabajo, la Alta Corporación aclara que “resulta entonces improcedente la remisión a los preceptos civiles que plantea la censura, pues, recuérdese, la analogía en asuntos del trabajo se encuentra autorizada siempre que no exista una norma aplicable al caso”, de donde se sigue que, no es necesario acudir al artículo 2.358 del Código Civil Colombiano para definir el término de prescripción de la acción de reparación del daño, aunque finalmente contemple el mismo término de 3 años, por no existir vacío normativo al existir norma especial y expresamente aplicable en materia de prescripción de las acciones laborales, no así respecto al momento en que empieza a correr el término de prescripción, puesto, se itera, por tratarse de la causación de un daño, debe contarse a partir de la perpetración del acto con el que se concreta.

Así las cosas, no es de recibo el argumento del recurrente frente a que el término de prescripción de la presente acción es del momento en que el pensionado elevó su reclamación, pues es a partir de ahí que percibió el daño. Criterio que para esta Sala no se compensa con los lineamientos jurisprudenciales, pues el daño es apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, pues desde ese instante el actor se vio perjudicado al recibir una mesada muy inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues como el mismo actor lo manifestó desde el petitorio, era beneficiario del régimen de transición y su mesada pensional debió liquidarse conforme a los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990.

En el sub examine, el actor se encuentra pensionado por vejez bajo la modalidad de retiro programado, en valor de \$\$4.455.579 sobre 13 mesadas anuales, y efectiva a partir del 24 de enero de 2007, lo que determina que tenía hasta el 24 de enero de 2010, y la demanda incoada solo hasta 27 de enero de 2022, es decir resulta claro que por fuera del término de 3 años de que tratan los

artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que habrá de confirmarse en su integralidad la sentencia recurrida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV.

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

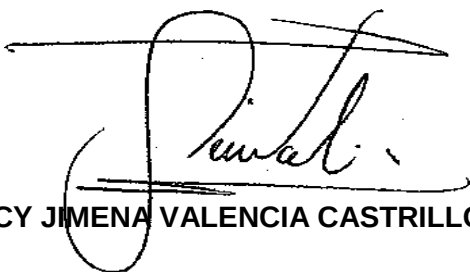
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 19 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PHILIP RAY DUNLAVY** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un 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:	11001-31-05-016-2019-00561-01
DEMANDANTE:	MANUEL JHON DE FRANCISO LIEVANO TRIANA.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia 26 de abril de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta (30) de junio dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandada Colpensiones así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MANUEL JHON DE FRANCISO LIEVANO TRIANA**. Contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-016-2019-00204-01**.

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

DEMANDA¹

El señor MANUEL JOHN DEL FRANCISO LIEVANO TRIANA a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. por vicios del consentimiento, y por ende, que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; como consecuencia, se disponga su regreso automático como afiliado al RPM administrado por Colpensiones; condenar a la AFP Porvenir a trasladar los dineros y rendimientos causados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por rendimientos o cualquier otro; que se ordene a COLPENSIONES a recibir los aportes y rendimientos, que condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, que nació el 16 de octubre de 1961, manifestó que inició sus aportes a pensión en el RPM; que el 17 de febrero de 2000 se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., que esta sociedad no desplegó una actividad de asesoreamiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, ya que se omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado

¹ Folios 200-222, archivo 01 del ED.

² Folios 1 a 15 archivo PDF archivo 02 del expediente digital.

Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

realizado por el actor lo fue de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para ese momento se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita el demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

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

Mediante providencia calendada, del 23 de febrero de 2023 se dio por no contestada la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2023, declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS el 18 de febrero de 2000, a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.; como consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante y que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, y en general todo valor que haya recibido en el RAIS, condenó a COLPENSIONES a recibir todos los anteriores emolumentos y a reactivar la afiliación del actor, despacho desfavorablemente las excepciones propuesta por Colpensiones y condenó en costas a las demandadas.

³ Folios 276-277 del archivo 01 del ED.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** sustenta el recurso de apelación de forma parcial, sobre la condena en costas y agencias en derecho, toda vez, que se trata de un tercero de buena fe que actuó de manera legal, siendo el Juez laboral el único que puede ordenar la declaratoria de ineficacia 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 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 MANUEL JHON DE FRANCISCO LIEVANO TRIANA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. Por último, si es procedente la condena en costas impartida 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 el administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

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

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** (f. 99 archivo 01 del expediente digital), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen

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

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de las demandadas, pues el actor fue claro al manifestar que, inicio cotizando desde el año 1988 en el RPMPD, que para el año 2000 laboraba para una Clínica como médico, y esta permitió que COLPATRIA instalara un stand para la venta de servicios

y afiliaciones, que estando laborando fue abordado por un asesor y la mayoría de los trabajadores se afiliaron, que fue una afiliación rápida, acotando que no tuvo posibilidad de hacer preguntas, tampoco le informaron sobre las ventajas del RAIS o lo que sucedería con las semanas que estaban cotizadas en el ISS. Adujo que fue asaltado o engañado, al no habersele explicado a fondo las consecuencias de su decisión. Que sus actividades como médico eran de alto riesgo por estar expuesto a reacciones ionizantes, recibiendo una mesada más alta en Colpensiones, pero ninguno de los asesores le informaron sobre aquello (Min. 00:30:41-42:09 archivo de audio 08 del expediente digital).

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere

incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas, no obstante, no debe pasarse por alto que el Juzgado de Conocimiento omitió hacer referencia expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y a los seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró en las demás oportunidades procesales, reiterando lo anterior al momento de presentar el recurso de alzada. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Se imponen costas a cargo de COLPENSIONES., incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, también reintegrar a **COLPENSIONES** el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

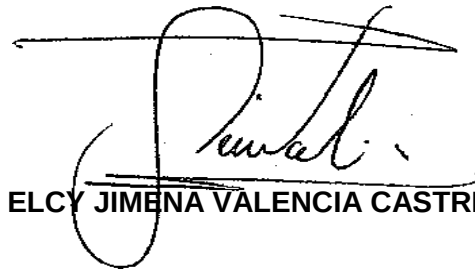
respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. 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:	11001-31-05-019-2020-00204-01
DEMANDANTE:	NHORA PINZÓN VESGA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 3 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente la sentencia del 3 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NHORA PINZÓN VESGA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **AFP PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-019-2020-00204-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PORVENIR S.A. su traslado a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad para que sea la administradora del RPM, la que defina su solicitud pensional; ordenar a COLPENSIONES aceptar el traslado; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 12 de abril de 1961, motivo por el cual cuenta con 59 años. Que estuvo vinculada al ISS hoy Colpensiones, en donde cotizó 731 semanas. Que el 14 de junio de 1997 se trasladó a COLFONDOS S.A. como administradora del RAIS, dado que su asesor le ofreció una mesada pensional de mayor valor, la cual podría adquirir a cualquier edad, aunado a que podía elegir pensionarse u obtener la devolución de su dinero, y que el entonces ISS sería liquidado. Que el 1º de abril de 2009 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Que ninguna de las AFP demandadas brindó asesoría pensional en el transcurso del tiempo en que estuvo afiliada, tampoco se le realizó un estudio de la pensión probable y omitieron asesorarla sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario, a fin de evitarle un detrimento de cara a su mesada en la pensión de vejez. Que solicitó traslado ante la demandada Colpensiones, sin embargo, esta emitió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLFONDOS S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que sí 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 informó 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

¹ Páginas 4 a 21 Archivo 03 Expediente Digital

y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la genérica².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), 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 conforme 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, 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 genérica³.

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la actora se afilió a la entidad mediante un traslado horizontal en el año 2009,

² Páginas 1 a 18 Archivo 04 Expediente Digital.

³ Páginas 1 a 40 Archivo 05 Expediente Digital

producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de No. 00225626 –documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el Parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 14 de junio de 1997 a través de la AFP COLFONDOS S.A; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES desde el 3 de junio de 1.985 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado, y por lo mismo, siempre permaneció en dicho régimen; condenó tanto a PORVENIR S.A. como a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses, comisiones, sin descontar gastos de administración, debidamente indexados con destino a COLPENSIONES; ordenó que al momento de cumplirse la orden los conceptos deben estar discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por lo tanto, COLPENSIONES debe proceder a actualizar la historia laboral de la activa; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas a COLFONDOS.

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

⁴ Páginas 1 a 26 Archivo 06 Expediente Digital.

decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no emana del formulario de afiliación suscrito por la convocante; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la declaración de la ineficacia del traslado efectuado por la demandante conlleva consecuencias adversas para el patrimonio de la entidad, porque pese al criterio imperante de la Corte Suprema de Justicia, en todo caso debe analizarse cada situación en particular y tener en cuenta los actos de relacionamiento. Dijo que la demandante no puede estar exonerada de la obligación de informarse sobre la decisión de cambio de régimen pensional, conforme al Decreto 2241 de 2010, como quiera que no se encuentra disminuida para celebrar actos y contratos, máxime que de su elección dependería su futuro pensional, siendo claro que fue negligente frente a este aspecto.

Agregó que la parte activa tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos la afiliación al RAIS, como son el retracto y la rescisión. También advirtió que conforme a la sentencia C-242 de 2009, se debe considerar la sostenibilidad financiera del sistema, como principio previsto en el artículo 48 de la C.P. adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005. Concluyó advirtiendo que el interés general debe primar sobre el particular, pues con la decisión del Juzgado de primer grado se afectará el patrimonio público, al tener el RPM que asumir la prestación de vejez a favor de la actora, sin financiar las pensiones de dicho régimen, en tanto su ahorro fue individual, el cual no resulta suficiente para el efecto, vulnerándose además, los principios de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema.

La **AFP PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que no es procedente la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente

indexados, por cuanto la indexación es incompatible con los rendimientos financieros que también se ordenan devolver, porque estos compensan la depreciación del poder adquisitivo de los aportes que administra la AFP. Agregó que la sentencia SL9316 de 2016 precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el paso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, por tanto, como una de las obligaciones de las AFP corresponde en garantizar la rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro de sus afiliados, existe una incompatibilidad de esta con la indexación, toda vez que los recursos depositados en la cuenta de la aquí convocante no se han visto afectados por la inflación, y por el contrario, se le han generado unos rendimientos financieros que inclusive exceden los mínimos establecidos en la ley, así lo ha señalado el Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral dentro del proceso 2021 00111 donde funge como demandante la señora Felisa León Poveda, posición que también ha sido asumida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro del proceso 015 2021 00489 y por el Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso 012 2020 00165.

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 NHORA

PINZÓN VESGA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que 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 **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 75 archivo 06 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 la parte demandada, pues la actora fue clara al manifestar que cuando se trasladó, unos asesores de Colfondos le dijeron que tendría una pensión más alta y que se podía pensionar en cualquier momento, además que obtendría rendimientos financieros y que frente a sus aportes realizados al ISS se solicitaría un bono pensional. Que se trasladó a Horizonte porque cambió de patrono y le dijeron que era una administradora con mejores garantías (Min. 17:45 a 49:27 archivo 10 del Expediente Digital).

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

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

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es,

las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

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

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP PORVENIR S.A., 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.

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

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede

eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

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

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

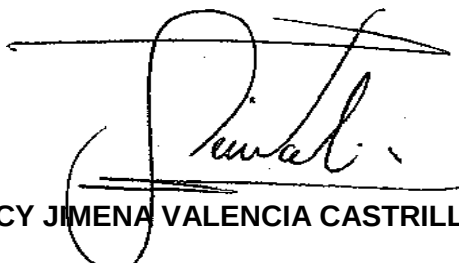
RESUELVE:

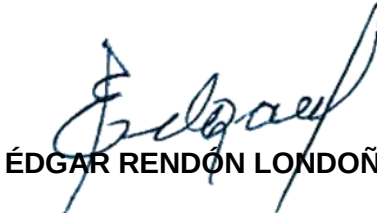
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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:	110013105019-2012-00488-01
DEMANDANTE:	JAIRO BUSTOS BAUTISTA
DEMANDADO:	PHAROS INSURANCE SERVICE S.A.S, HEINSOHN BUSINESS TECHNOLOGY S.A., SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA SISA S.A., GUILLERMO TURK Y MARÍA CAMILA PARDO CORREA.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 14 de noviembre de 2022.
JUZGADO:	Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Solidaridad
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuestos por el demandante en contra de la sentencia del 14 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **JAIRO BUSTOS BAUTISTA** contra **BANCOLOMBIA S.A.** y **PHAROS INSURANCE SERVICE S.A.S, HEINSOHN BUSINESS TECHNOLOGY S.A., SISTEMAS INTEGRALES DE INFORMÁTICA SISA S.A., GUILLERMO TURK Y MARÍA CAMILA PARDO CORREA.** con radicado No. **110013105003-2020-00294-01.**

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que con la sociedad Pharos Insurance Service S.A.S. celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre el 29 de julio de 2010 al 5 de enero de 2012, que se declare que Heisonhn Business Technology S.A., Sistema Integrales de Informática SISA S.A., Guillermo Turk Fernández y María Camilo Pardo Correa son solidariamente responsables a tenor del artículo 36 del Código Sustantivo de Trabajo, como consecuencia de ello, se condene al pago de salarios adeudados, prestaciones sociales, a la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo, a la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, al pago de la indemnización por despido injustificado conforme a lo establecido en la Convención ibidem, que se falle extra y ultra petita, la indexación y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 29 de julio de 2010, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de Analista Funcional, que el último salario devengado ascendió a la suma de \$1.950.000.

Indicó, que en diciembre de 2011 cesaron los pagos de sueldos y los aportes a salud y pensión, requiriendo en numerosas ocasiones a los socios de la compañía para solicitar el pago de salarios y prestaciones sociales, que el 5 de enero de 2012, a través de una misiva presentó carta de renuncia aduciendo como motivos de su rescisión la falta de cumplimiento en sus obligaciones.

Indicó, que según certificado de la cámara de comercio de Bogotá de la empresa Pharos Insurance Service S.A.S, sus accionistas son María Camila Pardo Correa, Guillermo Turk, Heisonhn Bussines Technology S.A., Sistemas Integrales de Informática S.A. SISA.

¹ Fs. 4-9 proceso escaneado.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

HEINSOHN BUSINESS TECHNOLOGY S.A.², compareció a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos manifestó que no le constaban, toda vez, que con el actor no existió un vínculo laboral, ni tampoco comercial en la modalidad de contratante y contratista. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y prescripción.

SISTEMA INTEGRALES DE INFORMÁTICA S.A. SISA S.A.³, dio contestación a la demanda y se opuso a todas las pretensiones bajo el argumento que con el actor no ha existido vínculo laboral, lo que de contera lleva a desestimar la solidaridad deprecada. Formulo las excepciones que denominó; Inexistencia de contrato laboral entre SISA y el demandante, Buena fe de mi representada, Inexistencia de solidaridad, Inexistencia de responsabilidad de los accionistas, Sociedad en liquidación.

MARÍA CAMILA PARDO CORREA⁴, con frontal oposición de las pretensiones de la demanda, adujo que no tiene ninguna injerencia como accionista en la toma de decisiones, ni en el manejo de recursos o administración. Frente a los hechos, acepto la existencia de la relación laboral, extremos y salarios. Formuló la excepción que denominó Improcedencia de conformación del Litis Consorcio.

GUILLERMO TURK FERNÁNDEZ,⁵ a través de Curador ad – litem, manifestó atenerse a lo que resultará probado. No propuso excepciones.

PHAROS INSURANCE SERVICE S.A.S, HEINSOHN BUSINESS TECHNOLOGY S.A.,⁶ a través de Curadora ad – litem, se opuso a la totalidad de las pretensiones bajo el argumento que le corresponde al demandante demostrar las razones en que funda sus pretensiones.

² fls. 187-194 proceso escaneado.

³ fls. 95-99 proceso escaneado.

⁴ fls. 174-176 proceso escaneado.

⁵ fls. 210-213 proceso escaneado.

⁶ fls. 277-283 proceso escaneado.

Sala Laboral

*Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de noviembre de 2022, declaró que entre Jairo Bustos Bautista y Pharos Insurance Service S.A. en liquidación, existió una relación laboral entre el 29 de julio de 2010 hasta el 10 de enero de 2012, siendo su última remuneración la suma de \$1.950.000, condenó a la demandada Pharos Insurance Service S.A.S en liquidación al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, a la indemnización por despido sin justa causa, a la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, al pago de aportes al subsistema de pensiones, absolvió a las demandadas Heinsohn Business Technology S.A., Sistemas Integrales de Informática S.A, Guillermo Turk y María Camila Pardo Correa, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a Pharos Insurance Service S.A.S.

Como fundamento de su decisión, inició por realizar un recuento de los hechos y pretensiones de la demanda, sus respectivas contestaciones y el trámite procesal efectuado. Estableció como problema jurídico a resolver si entre el actor y la demandada Pharos Insurance Service S.A.S existió un contrato de trabajo en los extremos señalados en el petitorio, en caso afirmativo, si la ex empleadora adeuda el pago de salarios insolutos, prestaciones sociales, si hay lugar a la sanción del artículo 65 del CST y la indemnización por despido sin justa causa. Citó los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo de Trabajo, para señalar que a la parte que alega la existencia de un contrato debe acreditar la prestación del servicio, mientras a la demandada desvirtuar dicha presunción, advirtiendo que la relación estuvo desprovista de subordinación. Que de acuerdo a la prueba testimonial recaudada y en especial al contrato de trabajo, que no fue objeto de reproche y más bien aceptado por la demandada María Camila Pardo Correa, en calidad de accionista, determinó que entre el actor y la sociedad Pharos S.A.S, existió un contrato de trabajo con extremo inicial del 29 de julio de 2010. Frente al extremo final, tomó la fecha señalada en la carta de renuncia presentada por el actor.

Frente a la condena por salarios, prestaciones sociales y vacaciones, señaló que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía al ex empleador

demostrar su cancelación, pero ante su orfandad probatoria e inactividad procesal condenó al pago de dichos emolumentos. En lo concerniente a la ficción jurídica de despido indirecto, estimó que el actor demostró que la ex empleadora se sustrajo de su obligación en el pago de salarios y prestaciones, sin allegar al proceso justificación alguna. En consecuencia, condenó a la indemnización por despido sin justa causa. Adujo que al no evidenciar que durante el tiempo que duró la relación laboral dio cumplimiento al pago de aportes al Subsistema de Pensiones, ordenó a Colpensiones realizar el cálculo actuarial, con el fin que la ex empleadora realice los pagos correspondientes por el periodo del 1 de diciembre de 2011 al 10 de enero de 2012.

Por último, señaló que brilló por su ausencia justificación alguna por parte de la pasiva para sustraerse de la obligación en el pago de prestaciones sociales y salarios. Al no acreditar sus motivos de ese impago, ordenó la sanción del artículo 65 del C.S.T. Frente a la condena de no consignación de cesantías en un fondo, indicó que, al no causarse al 15 de febrero de cada anualidad, se encontraba inmersa dentro de la sanción ordenada.

Ahora bien, frente a la solidaridad deprecada, citó el artículo 1° de la Ley 1258 del 2008, norma que consagró la creación y reglamentación de la sociedad por acciones simplificadas, que en su tenor señala que los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales. De igual forma, como soporte de lo anterior refirió la sentencia radicado 43972 del 2016, proferida por la Sala Titular de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que instruyó que la solidaridad establecida en el artículo 36 del CST no se extiende a los accionistas de las sociedades por acciones simplificada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de alzada de forma parcial, en el sentido que se condene solidariamente a los accionistas de la demandada PHAROS INSURANCE SERVICE S.A.S., adujo que los socios en especial Heinsohn Business y Sistema Integrales de Informática S.A. no permitieron que el liquidador fuera convocado dentro del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta estancia procesal las partes guardaron silencio.

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

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer; si las demandadas Heinsohn Business Technology S.A., Sistemas Integrales de Informática Sisa S.A., Guillermo Turk Y María Camila Pardo Correa, son solidariamente responsables de las sumas ordenadas por el *A quo*, al ostentar la calidad de accionistas de la sociedad por acciones simplificadas denominada Pharos Insurance Service S.A.S.

CONSIDERACIONES

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

Pues bien, ciertamente en el proceso no se discutió que las personas naturales o jurídicas convocadas a juicio constituyeron la sociedad Pharos Insurance Services S.A, tal como se extrae del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fs. 31-40), y del Acta No. 005 de reunión extraordinaria de la asamblea de accionistas de fecha 30 de mayo de 2011, que consagra la composición accionaria de la sociedad demandada y empleadora de Jairo Bustos Bautista.

Ahora bien, el artículo 36 del Código Sustantivo de Trabajo, establece:

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. (Subrayado nuestro).

Al respecto, la jurisprudencia patria ha sostenido de forma reiterada que, conforme a la disposición examinada, solo se puede predicar responsabilidad solidaria respecto de los socios de las sociedades de personas, más no cuando se trata de las de capital y sus asociados, pues están se fundamentan en la creación de un capital social para la explotación de un proyecto común o una empresa.

Así mismo, ha adoctrinado con base en el artículo 252 del Código de Comercio que son improcedentes las acciones de terceros dirigidas contra los socios de las agrupaciones de capital con miras a obtener el pago de las obligaciones propias de la sociedad, como quiera que en estas la contribución es anónima. Por lo tanto, las personas naturales miembros de ella no son propietarios de la misma, toda vez que se desvincula al socio de la persona jurídica. A cita de ejemplo véase las sentencias SL18010-2016 reiterada en la SL3938-2022.

Lo expuesto basta para colegir que el entendimiento dado por la *A quo* al artículo 36 del CST en concordancia con la Ley 1258 de 2008 no fue errado, sino que, por el contrario, concuerda con la literalidad del mismo, así como con lo expresado por la jurisprudencia al respecto, toda vez que Pharos Insurance Service es una sociedad por acciones simplificada, motivo que impide extender la responsabilidad solidaria a sus socios, toda vez que esta figura solo se predica para las sociedades de personas.

Por último, tampoco tiene cabida el argumento dado por el recurrente frente a que los accionistas impidieron la comparecencia del liquidador de la sociedad por acciones simplificadas, pues se trató de una mera afirmación sin comprobación, ni siquiera se planteó en el proceso ese acto defraudatorio, que aludió al sustentar el recurso.

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

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

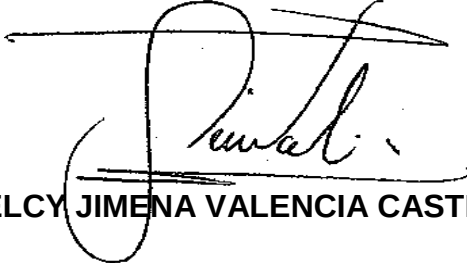
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 14 de 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 la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-021-2019-00743-01
DEMANDANTE:	RIGOBERTO LOZANO MOLINA
DEMANDADO:	REMPower SOLUTIONS RH S.A.S.
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 15 de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Despido
DECISIÓN:	Confirma

Hoy, treinta (30) de junio 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 atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 15 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RIGOBERTO LOZANO MOLINA** contra **REMPower SOLUTIONS RH S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-021-2019-00743-01**.

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

DEMANDA¹

El promotor de la acción pretende se declare que la demandada le debe el valor de la indemnización por despido sin justa causa; el pago del preaviso, e igualmente, que debe realizar memorando interno, en el cual se aclare y limpie su buen nombre. Como consecuencia de lo anteriormente mencionado, solicita se condene a la pasiva al pago de la suma de \$20.041.605 por concepto de

¹ Fs. 48-55 Archivo 01 Expediente Digitalizado
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

indemnización por despido injusto y la suma de \$ 6.500.000 por concepto de preaviso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que existió un contrato laboral a término indefinido entre él y la empresa REMPOWER SOLUTIONS RH S.A.S., el cual contenía preaviso como requisito para su terminación por cualquiera de las partes; que la causal para justificar su despido se desprende de una comunicación que recibió el 22 de agosto de 2018, con la que fue citado a descargos por faltas a las obligaciones laborales, más exactamente por salidas del campo de trabajo; que el 23 de agosto acudió a la diligencia de descargos y preguntó en qué estado estaban las investigaciones por el hurto de un cable en la estación Termobolivar, en la cual el actor se encontraba, pues pensaba este era el motivo del llamado a descargos; añadió que, luego de rendir descargos, recibió comunicado de salida a vacaciones, las cuales no fueron solicitadas por él; que al regreso de las vacaciones recibió carta de terminación de contrato, basada en la rendición de cuentas, pero sin justificación real o legal.

Finalmente indicó que, en la zona donde trabajó, corren rumores de que está involucrado en el robo del cableado y que eso lo ha puesto en una lista negra en su campo laboral, lo que le ha impedido reubicarse, hecho que lo ha llevado a solicitar a la demandada, le dé claridad al asunto, sin embargo, no ha recibido respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La pasiva se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que en vigencia del vínculo laboral el actor incurrió en actos graves de indisciplina, pues en repetidas ocasiones y sin justificación válida, utilizó el vehículo de propiedad de la demandada, para la realización de diligencias de carácter personal.

Que en el periodo de semana santa del año 2017, el demandante se llevó el vehículo a su casa, sin autorización alguna, hecho que el Departamento de Gestión Humana le solicitó aclarar; resalta que el 4 de mayo de 2017, previo al primer llamado de atención, ya se le había implementado las directrices respecto de la utilización de las camionetas asignadas; que posteriormente, el 23 de agosto de

² Archivo 06 SubsancionContestacionDemandaRemPower
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

2018 el demandante fue citado a diligencia de descargos, para que esclareciera las razones por las cuales había utilizado la camioneta el día 3 de junio de 2018, por un lapso de tiempo de 3 horas, sin existir requerimiento alguno por parte de la compañía para transporte de repuestos, alimentos, personal o materiales en taller; que un hecho como el anteriormente descrito, se repitió el día 13 de junio de 2018, donde utilizó la camioneta por un tiempo de 3 horas y 40 minutos.

Por lo anterior, la demandada concluyó que las conductas del actor constituyen un incumplimiento grave de sus obligaciones consagradas en la Ley Laboral y su contrato de trabajo, pues desconocen la subordinación laboral, además afectan la confianza y oportunidad que debe sustentar una relación laboral, demostrando una conducta totalmente contraria a la actitud ética y leal que se exige de todo trabajador, por lo que terminó el contrato de manera unilateral teniendo como último día laborado el 10 de septiembre de 2018.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Falta de causa para de demandar, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción extintiva y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de diciembre de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló, en síntesis, previo a relacionar las pruebas con las que contaba el expediente, que la parte demandada había demostrado la justa causa de despido, pues, acreditó que el señor Rigoberto Lozano Molina usó el vehículo de la empresa los días 3 y 13 de junio de 2018 para fines ajenos a los que la compañía lo tenía destinado, quedando plenamente demostrado que el demandante utilizaba el precitado vehículo para la realización de diligencias de carácter personal, tales como pago de facturas de teléfono personal, giros personales, compra de elementos de aseo y asistencia a partidos de futbol, desplazamientos que hizo sin autorización del empleador.

Precisó el A quo, que el demandante pretendió justificar el tiempo de movimiento del vehículo, argumentando tener que conducir a baja velocidad por el

estado de la vía o que lo usó para recogida de personal, sin embargo, fue infructuoso el esfuerzo probatorio realizado por la parte demandante en tal sentido, por lo que consideró que, en el caso concreto el empleado desconoció con su actuar, las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo, hecho que configura la justa causa del despido.

CONSULTA

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

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, 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 despido del que fue objeto el demandante fue justo o injusto y, en consecuencia, si procede el pago de la indemnización correspondiente.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, el 3 de junio de 2014, respecto del cual firmaron otrosí el 15 de septiembre de 2014 y otrosí el 1º de septiembre de 2016. (fs. 20-31 Archivo 01 Expediente Digital); **2.** Que el contrato fue terminado de forma unilateral por el

empleador, el 17 de septiembre de 2018, aduciendo una justa causa para ello (fs. 33-79 Archivo 01 Expediente Digital).

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

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

Frente a los retiros del vehículo de la compañía asignado al campo TermoBolívar el 13 de julio de 2018 durante el lapso de 3 Horas y 40 minutos, y 3 de junio de 2018, durante el lapso de 3 horas y 20 minutos, no existe ninguna autorización escrita o verbal que legitime el retiro del vehículo de las instalaciones de la compañía.

2- Es claro que sus funciones estaban determinadas, y eran ampliamente conocidas y entendidas por usted, como se evidencia en el texto de la diligencia de descargos surtida el día veintitrés (23) de Agosto del año Dos Mil Dieciocho (2018), en lo que respecta al uso de los vehículos de la compañía.

3- El contrato de trabajo celebrado el día 3 de junio de 2014, cláusula primera literal d) consagra como una de sus obligaciones:

*"(...) usar correctamente y **sólo en menesteres del trabajo** contratado, los elementos de protección y herramientas suministradas por el EMPLEADOR."*

(...) entonces, el uso de la camioneta en actividades y diligencias personales como la realización de giros, pago de teléfono, compra de elementos de aseo, y a veces tomar alimentos o partidos de fútbol, por periodos de más de tres horas, sin tener ningún tipo de autorización por parte de su superior / jefe inmediato, resulta un acto grave de indisciplina, pues implica la utilización de un bien de la compañía, vehículo, en actividades no laborales, sin ninguna autorización por parte de la compañía, en altas horas de la noche 11:00.p.m, actuaciones reprochables que constituyen un acto de grave indisciplina (Art. 62 Lit. A Numeral 2 C.S.T.), adicionalmente, el desconocimiento de los preceptos del contrato de trabajo (Art. 50 num. 1 C.S.T.), toda vez que de los hechos narrados por usted en la mencionada diligencia de Descargos, se configuran la inobservancia de las prohibiciones contempladas en el artículo 60 de C.S.T.

"(....)"

*1. **Sustraer** de la fábrica, taller o establecimiento, los útiles de trabajo y las materias primas o productos elaborados. **Sin permiso del {empleador}.***

"(...)"

*8. **Usar** los útiles o **herramientas suministradas** por el {empleador} **en objetos distintos del trabajo contratado.**"*

En consideración a lo anterior, reiteramos que los anteriores hechos constituyen un incumplimiento grave de sus obligaciones consagradas en la Ley Laboral y su contrato de trabajo, lesionan el elemento de la subordinación laboral, afectan la confianza y oportunidad que debe sustentar una relación laboral y demuestran una conducta totalmente contraria a la actitud ética y leal que se exige de todo trabajador.

En esa misma carta, como se puede observar, sostuvo la entidad demandada que las conductas señaladas constituían un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, legales que daba lugar a la terminación del contrato de

trabajo, en tanto se enmarcaba dentro de los artículos 62 literal A numeral 2 y 6, artículo 58 numeral 1 y el artículo 60 numerales 1 y 8, 58, 60 y 62 del C.S.T.

Frente a las conductas endilgadas por la demandada y que a juicio de esta justificaban el despido, el argumento de defensa expuesto por el promotor de la acción en la demanda es únicamente que, al ser un empleado de confianza ha realizado salidas de su lugar de trabajo, pero con fines propios de su labor, precisó que cada uno de los desplazamientos ha sido justificado.

Así las cosas, se tiene que, el primer evento en el cual se percibió un inadecuado uso del vehículo de transporte de la sociedad, por parte del demandante, data del año 2017, cuando este retiró sin autorización de su empleador un vehículo para uso personal, razón por la cual, el señor RIGOBERTO LOZANO fue requerido mediante correo electrónico por el área de gestión humana a fin de que informe por qué la camioneta AMAROK Placa IMT 492 no fue trasladada a la oficina principal durante su descanso en el mes de abril.

Al anterior requerimiento, el demandante, en respuesta del 8 de mayo de 2017, enviada vía correo electrónico (fs. 6-7 Archivo 06 Expediente Digital), manifestó que tomó la decisión de desplazarse en la camioneta hasta su casa porque el transporte estaba muy complicado, que la camioneta estuvo guardada en el garaje de su casa durante todo su descanso, es decir desde el 14 de abril hasta el 25 de abril, que no recibió ninguna instrucción cuando salió a descanso, que tomó la decisión para no incomodar a nadie, pues ya eran las doce de la noche cuando pasó por Bogotá.

Como se puede observar, las situaciones presentadas en esa oportunidad son muy similares a las conductas que se le endilgaron en 2018 y por las cuales la empresa tomó la determinación en primer lugar de llamarlo a descargos y posterior, a despedirlo con justa causa.

En la diligencia de descargos adelantada dentro del proceso disciplinario (fs. 37-38 Archivo 01 ED), cuando se le indagó al trabajador a qué salió el día 3 de junio de 2018 en el vehículo asignado a la operación de campo durante un lapso de 3 horas en compañía de dos trabajadores más, contestó: *“A esa hora era la salida a comer y a recoger la comida del operador”*. Así mismo, al preguntársele si ese era el tiempo mínimo para comer y llevar la comida a sus demás compañeros, manifestó: *“Tres horas a veces es porque se sale a Sogamoso a realizar una diligencia y por el desplazamiento hacia Sogamoso, o en ocasiones salimos a Sogamoso a realizar giros, comprar elementos de aseo personal u otras diligencias.”*

Se le preguntó también si en estas diligencias tardaba más de tres horas a lo que contestó: *“claro, aportar (sic) que se programan partidos de microfútbol con los muchachos”*.

Finalmente, se le cuestionó si estaba autorizado para utilizar la camioneta de la compañía en diligencias personales o partidos de microfútbol: *“No tengo una directriz que lo impida y desde que arrancó el proyecto nunca se ha impedido”*.

Es pertinente resaltar, que a folios 7 a 8 del archivo 01 del expediente digital, obran las disposiciones implementadas por parte del jefe inmediato del demandante respecto de la utilización de las camionetas asignadas a operación y mantenimiento en la cual se dispuso:

“1. Las camionetas de la compañía son de uso exclusivo para operaciones de la compañía, por tal razón se determina por parte de la gerencia que en caso de requerir sacar alguna camioneta de campo, esta debe ser entregada en las instalaciones de la Carrera 19b # 168 – 09, esta se debe entregar sin importar la hora o el día, bien sea en la noche, madrugada, día dominical o festivo, en caso de fuerza mayor y de requerirse se puede solicitar el parqueo en las instalaciones de Laboratorios California. Sin embargo, es necesario que sin excepción se realice la notificación por medio escrito, o si se requiere trasladar herramientas, materiales y equipos desde la ciudad de Bogotá serán coordinados los movimientos con previa notificación...”

De lo anterior, emerge claro que el demandante sabía desde el mes de mayo de 2017 que las camionetas de la compañía son de uso exclusivo de la compañía y que las mismas se debían reintegrar una vez finalizadas las labores, sin importar la hora y el día, disposiciones que como se ha observado, fueron desatendidas en 3 oportunidades por parte del señor RIGOBERTO LOZANO.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte dentro del proceso, al señor RIGOBERTO LOZANO (Min. 32:00 – 42:00 Archivo 10), se le preguntó si había retirado el 3 de junio la camioneta asignada de la operación y contestó que sí, que la retiró para sacar un personal y recoger alimentos, no obstante, se observa que dentro de la diligencia de descargos se le realizó el mismo cuestionamiento y este contestó: *“A esa hora era la salida a comer y a recoger la comida del operador”*, indicó también que en la diligencia de descargos no manifestó que las actividades que estaba realizando eran propias del servicio porque no lo recordaba en el momento.

Cuando se lo cuestionó por qué demoraba 3 horas en los desplazamientos, manifestó que en efecto hubo dos fechas en las cuales presentó demora en su desplazamiento pero que dicha tardanza, en la primera ocasión se dio por el mal estado de la vía y en una segunda ocasión porque tuvo que esperar

a un operador que llegaba a la planta en transporte público, no obstante, en el mismo interrogatorio, escasos 2 minutos después, se le preguntó por qué aquel 23 de agosto de 2018 no comentó esas situaciones en la diligencia de descargos, a lo que contestó que no lo hizo porque no vio relevante el tema del mal estado de la vía, además que en la fecha en que ocurrieron los hechos ya era de noche y que a esa hora el tráfico era fluido.

Es en este punto donde la Sala observa serias contradicciones del demandante, no se explica la Sala, como en una diligencia de descargos, se le hace poco relevante indicar que la vía estaba en mal estado, cuando precisamente ese es el supuesto motivó de la tardanza.

Conforme lo expuesto con antelación, resulta claro para la Sala que los argumentos del demandante resultan infundados o sin la identidad suficientes para controvertir los cargos formulados por la demandada, pues resulta claro que el trabajador conocía de antemano sus funciones, especialmente las relacionadas con el uso de las camionetas asignadas, que debían usarse las mismas para labores propias de la compañía, que le habían hecho ya un requerimiento por el uso inadecuado del vehículo y aun así, continuó destinándolo para uso personal.

La Corte Suprema de Justicia en decisión SL 2351-2020 señaló que lo que debe garantizar el empleador, es la oportunidad al trabajador de conocer los hechos que se le imputan y la oportunidad de defenderse, tal como lo expuso el *A quo*, y como se recuerda lo ha manifestado la Corte Constitucional en la Sentencia SU-449 15 de octubre del año 2020, en donde se amplió el conjunto de garantías a favor de trabajador hasta el punto de consagrar el derecho del trabajador a ser escuchado o de poder dar su versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, tal como ocurrió en este caso, pues se concreta en una garantía que exterioriza no sólo el respeto para la estima del trabajador como individuo, sujeto y no objeto de la relación laboral, sino también su *derecho fundamental de defensa*, como lo advirtió de tiempos pretéritos la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998 y lo asumió en los mismos términos la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2351 de 2020, en tanto que le permite a éste participar en una decisión que lo afecta, con miras a exponer su posición, presentar sus argumentos y exteriorizar las pruebas que justifican sus alegaciones, no solo para proteger su situación contractual, sino especialmente con miras a obtener la verdad de lo ocurrido y salvaguardar, entre otros, sus derechos a la dignidad humana y a no ser menospreciado en su autoestima.

En ese sentido, no puede la Sala llegar a una conclusión diferente, sino que, en efecto, por parte del trabajador se presentó un incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo y que la parte demandada cumplió con la carga probatoria que le correspondía de demostrar la configuración de la justa causa invocada en la carta de despido, misma que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin costas en esta instancia por conocerse 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,

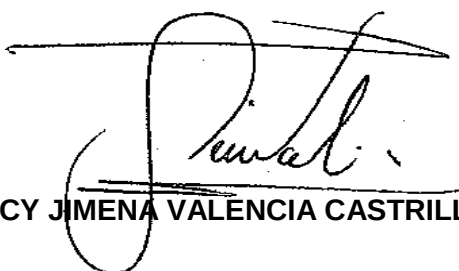
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-028-2021-00614-01
DEMANDANTE:	NORA CRISTINA ZUTTA ORTEGA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 8 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente la sentencia del 8 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **NORA CRISTINA ZUTTA ORTEGA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-028-2021-00614-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A. en el mes de enero de 1.999, declarando además como afiliación válida la efectuada al RPM administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por ella al RAIS, así como los rendimientos financieros y demás sumas causadas a su favor; ordenar a COLPENSIONES contabilizar para erectos de pensión, las semanas cotizadas por ella en el RPM; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 19 de febrero de 1.971, motivo por el cual cuenta con 50 años. Que estuvo vinculada al ISS hoy Colpensiones desde el mes de noviembre de 1.989. Que en el mes de enero de 1.999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, sin ser asesorada e informada por dicha sociedad de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de la diferencias entre uno y otro régimen y, en general, las implicaciones y consecuencias sobre sus derechos pensionales, pese a que ello debía ser tenido en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional. Que a la fecha ha cotizado 1.447 semanas. Que solicitó ante las accionadas la ineficacia o nulidad de su traslado de régimen pensional, sin embargo, ambas emitieron respuesta negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación realizada por la parte demandante con la sociedad el 20 de enero de 1999 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de

¹ Páginas 1 a 19 Archivo 01 Expediente Digital

1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que 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 perfeccionamiento del acto ineficaz conforme al art. 898 C. de Co., pues se aceptan las condiciones que hacen parte de éste régimen. Añadió 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, a más que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento por actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica³.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 1º de marzo de 1999 a través de la AFP PORVENIR S.A, y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones; condenó a PORVENIR S.A. trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con el porcentaje

² Páginas 1 a 24 Archivo 05 Expediente Digital.

³ Páginas 1 a 13 Archivo 06 Expediente Digital

destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, y discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante, con cargo a sus propios recursos, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante a Colpensiones; condenó a esta última entidad a activar la afiliación de la convocante en el RPM y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; condenó en costas a ambas convocadas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que debe existir una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado, lo cual se configura en el caso con la suscripción del formulario de afiliación por parte de la activa y con sus actos de relacionamiento, entendidos como la exteriorización de su deseo de pertenecer al RAIS, a través de las cotizaciones que ha realizado en dicho régimen. Adujo que el retorno al RPM de un afiliado que nunca aportó a las cuentas de Colpensiones, notoriamente desdibuja la característica esencial del régimen, cual es la solidaridad.

Refirió 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. Concluyó haciendo referencia al salvamento de voto de la Magistrada Luz Patricia Calle dentro del proceso 009 2021 00177 01, acotando además, que la entidad ha actuado de buena, lo que conlleva a la revocatoria de la condena principal y las costas procesales.

La **AFP PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que la indexación ordenada por la falladora de primer grado resulta improcedente conforme a la sentencia C-161 de 2010, en cuanto en dicha decisión se indica que la misma corresponde a la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea que el pago, sea cual sea el origen de la prestación, debe ser íntegro y conforme a la decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que fue recogida por la Ley 446 de 1998. Añadió que en sentencia SL9316 de 2016 se estableció que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma en el transcurso del tiempo frente a la generalizada economía inflacionaria, en ese orden, como quiera que las AFP deben atender la obligación de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, porque se está generando la devolución de esos rendimientos, que se generaron desde el traslado de la activa por la excelente gestión sobre sus aportes, no pudiéndose trasladar tal carga a Porvenir.

Para reafirmar su punto de alza, hizo mención de diversas decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali, en las cuales se ha indicado que con los rendimientos financieros se

compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda sobre los valores objeto de devolución.

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 NORA CRISTINA ZUTTA ORTEGA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR, 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 75 archivo 05 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (Página 76 archivo 05), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el

deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que en una oficina de RCN donde había alrededor de 50 personas, hicieron una reunión en la que los asesores comerciales de la AFP mencionaron como beneficios para afiliarse a esta, la posibilidad de pensionarse antes y que el afiliado tendría una cuenta de ahorro individual, aunado a que reportaría rendimientos financieros. Dijo que leyó los datos exigidos por el formulario, mismo que firmó de manera libre y voluntaria. Acotó que no le suministraron ninguna otra información (Min. 07:29 a 15:35 archivo 15 del Expediente Digital).

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

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

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

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

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

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

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

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte

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

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

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

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

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía

prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

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

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso 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 acertada la decisión de la Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

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

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

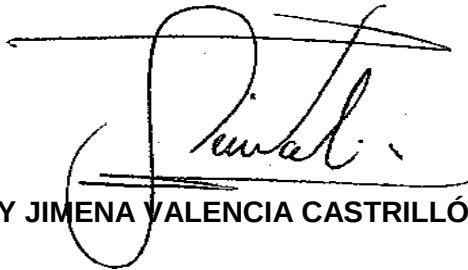
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de mayo 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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:	11001-31-05-031-2021-00601-01
DEMANDANTE:	MARÍA BELLADOLIT FLÓREZ PIÑEROS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 15 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente la sentencia del 15 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA BELLADOLIT FLÓREZ PIÑEROS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-031-2021-00601-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A. el 1º de diciembre de 1998. Como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerla entre sus afiliados en el RPM, como si nunca se hubiera trasladado; se ordene a Porvenir S.A. a devolver todos los aportes efectuados, junto con rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración con destino a COLPENSIONES; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 1º de mayo de 1960, motivo por el cual cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2017. Que fue afiliada inicialmente al ISS hoy Colpensiones, efectuando cotizaciones desde el 12 de mayo de 1989 hasta el 30 de diciembre de 1998. Que el 1º de diciembre de 1998, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., sin que su asesor comercial le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, y en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, pues únicamente se le indicaron los beneficios del nuevo régimen. Que elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual le fue resuelta en sentido negativo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la afiliación realizada por la parte demandante con PORVENIR S.A. el 01 de diciembre de 1998 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

¹ Páginas 3 a 8 Archivo 01 Expediente Digital

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la parte demandante no probó causal alguna que la afiliación a la AFP demandada es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al RPM.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica³.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS teniéndola como válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiere trasladado; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por la demandante, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales de pensión mínima, estos últimos en el evento de haber sido descontados, deben ser cancelados debidamente indexados; condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado de régimen; condenó a PORVENIR S.A. al pago de 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

² Páginas 2 a 25 Archivo 15 Expediente Digital.

³ Páginas 3 a 21 Archivo 12 Expediente Digital

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 demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la actora no le asiste el derecho a retornar el RPM en consideración al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir su derecho pensional. Añadió que la actora conforme al tiempo de afiliación a Porvenir S.A., ha dejado una señal nítida y clara de su intención de permanecer en el RAIS, y es por ello que se debe tener en consideración la aplicación de la sentencia proferida por la CSJ “SL-43 de 2018”.

La **AFP PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que la indexación ordenada por la falladora de primer grado resulta improcedente conforme a la sentencia C-161 de 2010, en cuanto en dicha decisión se indica que la misma corresponde a la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea que el pago, sea cual sea el origen de la prestación, debe ser íntegro y conforme a la decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que fue recogida por la Ley 446 de 1998. Añadió que en sentencia SL9316 de 2016 se estableció que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma en el transcurso del tiempo frente a la generalizada economía inflacionaria, en ese orden, como quiera que las AFP deben atender la obligación de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, porque se está generando la devolución de esos rendimientos, que se generaron desde el traslado de la activa por la excelente gestión sobre sus aportes, no pudiéndose trasladar tal carga a Porvenir.

Para reafirmar su punto de alzada, hizo mención de diversas decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Cundinamarca y el Tribunal Superior de Cali, en las cuales se ha indicado que con los rendimientos financieros se

compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda sobre los valores objeto de devolución. Concluyó advirtiendo que no existe norma que regule la ineficacia del traslado en la Ley 100 de 1993, por tanto debe aplicarse por analogía el artículo 1746 del C.C., que versa sobre las restituciones mutuas, lo cual se encuentra avalado en la sentencia SL2946-2021, e impide el déficit fiscal que podría ocasionarse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR, 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 93 archivo 15 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que una asesora de Porvenir le dijo que en dicha sociedad se podía pensionar joven, además, que su salario seguiría igual que el

actual y que el ISS “se iba a acabar”. Que cuando ella comenzó a trabajar fue afiliada a Cajanal. Agregó que en el formulario de afiliación consignó a sus hijos como beneficiarios para que ellos recibieran su pensión (Min. 04:39 a 16:00 archivo 38 del Expediente Digital).

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

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

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

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

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

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

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»*.”

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

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

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

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

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

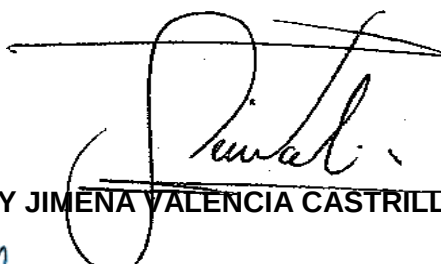
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de mayo 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) 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, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


EDGAR RENDON LONDOÑO


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

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:	11001-31-05-032-2021-00093-01
DEMANDANTE:	MARÍA PATRICIA ALZATE LIÉVANO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 13 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia-Perjuicios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio 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 presentando por la AFP Porvenir S.A. contra la sentencia del 13 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA PATRICIA ALZATE LIÉVANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-032-2021-00093-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., así como de la pensión de vejez que le fue reconocida por dicha sociedad, declarando como válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación realizada al RPM administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes que recibieron de ella, incluidos los rendimientos, sin ningún descuento por cuota de administración, mesadas pensionales u otro concepto ajeno al régimen de prima media, junto con cotizaciones, bonos pensionales y títulos; ordenar a COLPENSIONES reactivar su afiliación sin solución de continuidad y recibir las sumas provenientes de la AFP PORVENIR S.A., para financiar las prestaciones económicas que como administradora del RPM debe asumir a su favor o de sus beneficiarios; condenar a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle su pensión de vejez, desde el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley más favorable, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que se declare que la AFP PORVENIR S.A. incumplió sus obligaciones contractuales como su administradora de fondo de pensiones, lo cual le causó perjuicios bajo la modalidad de lucro cesante pasado, correspondiente a la diferencia entre las mesadas pensionales que ha recibido y las mesadas pensionales a las que habría tenido derecho en el RPM, el lucro cesante futuro, correspondiente a la diferencia entre las mesadas pensionales que recibirá y a las que tendría derecho en el RPM durante su vida probable, así como los intereses moratorios por la diferencia de cada una de las mesadas pensionales causadas; condenar a la AFP demandada a indemnizar los perjuicios ocasionados, debidamente indexados.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de abril de 1961. Que inicialmente se afilió al otrora ISS y, posteriormente, sin ninguna asesoría por parte de la AFP PORVENIR fue afiliada al fondo de pensiones que

¹ Páginas 2 a 12 Archivo 01 Expediente Digital

administra dicha entidad, trasladándose al RAIS en junio de 1.999. Que la AFP demandada no le suministró ningún tipo de información respecto de las incidencias del traslado, ni tampoco le brindó asesoría adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía el mismo. Que tampoco se le explicó cómo se liquidaba el monto de la pensión en ambos regímenes pensionales, no cumpliendo la AFP con su deber de información y buen consejo a la data del traslado. Que solicitó a PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión de vejez, al desconocer el detrimento que sufriría en su mesada pensional, en comparación con la pensión a la que tendría derecho en el RPM, es por ello que, se le otorgó la prestación desde el 1º de agosto de 2018, bajo la modalidad de retiro programado, misma que a la fecha asciende a \$1.097.178. Que solicitó ante las convocadas su traslado de régimen pensional, sin embargo, no recibió respuesta de PORVENIR, mientras que COLPENSIONES emitió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al fondo administrado por PORVENIR S.A. es completamente válido, por cuanto esta brindó 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. Añadió que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general, de hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3º del Decreto 2071 de 2015, de manera que la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP.

Dijo que en todo caso, la activa recibió asesoría verbal amplia y suficiente, aunado a que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada

al RAIS. Agregó que no existe perjuicio alguno causado a la demandante, ya que no se configura ninguna causal de daño como temerariamente se pretende, cuando lo cierto es que, la administradora en cumplimiento de sus obligaciones y deberes legales, le ha atendido a la oportuna y eficientemente su derecho prestacional de vejez, en los términos por ella elegidos libre y voluntariamente.

Formuló como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios, y de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones invocadas en su contra relativas a la declaratoria de ineficacia de traslado, para lo cual manifestó que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento, que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, al igual, de haber existido algún vicio, ya fue saneado al momento de aceptar la pensión por parte del fondo privado. Añadió que como lo señala la sentencia SL 373 de 2021 *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”*, como ocurre en este caso.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la genérica³.

² Páginas 2 a 31 Archivo 07 Expediente Digital.

³ Páginas 2 a 30 Archivo 05 Expediente Digital

La OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO vinculada en calidad de litis consorcio necesario, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones invocadas en la demanda, argumentando que únicamente responde por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las administradoras del Sistema General de Pensiones. Señaló que desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante del RPM al RAIS, y por consiguiente, desconoce la asesoría realizada por la AFP Porvenir a la señora Alzate Liévano.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, imposibilidad de trasladar el bono redimido a Colpensiones, reintegro del valor del bono pensional, buena fe y la genérica⁴.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló demanda de reconvención, solicitando que la demandante principal devuelva a su favor todos los dineros que haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento pensional a su favor⁵.

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La demandada en reconvención se opuso a las pretensiones formuladas en dicho escrito, aduciendo para el efecto que la ineficacia de su afiliación, fue generada por la AFP Porvenir S.A. ante la indebida asesoría. Agregó que ha recibido las mesadas pensionales de buena fe y que los graves perjuicios que le ha generado la sociedad en mención son evidentes.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de agotamiento de la reclamación administrativa, nadie puede

⁴ Archivo 23 Expediente Digital.

⁵ Páginas 2 a 6 archivo 08 del Expediente Digital.

beneficiarse de su propia culpa, improcedencia de devolución de sumas recibidas de buena fe, falta de legitimación en la causa por activa y prescripción⁶.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de marzo de 2023, declaró probadas las excepciones de aplicabilidad de la sentencia SL-373 de 2021 formulada por COLPENSIONES e imposibilidad de traslado por parte de pensionados formulada por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR S.A.; condenó a la AFP demandada a pagar a la actora la suma de \$461.146.437 por concepto de indemnización de perjuicios, la cual debe indexarse tomando como fecha inicial el 1º de agosto de 2018 y como fecha final la data de pago definitivo; absolvió a COLPENSIONES y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que conforme al criterio actual de la CSJ, en el caso de los pensionados no es procedente declarar la ineficacia de traslado, por tratarse de una situación jurídica ya consolidada y un hecho consumado, sin embargo, dejó abierta la posibilidad para que este tipo de personas demanden la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones, conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, el cual consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños, conforme a la sentencia SL373-2021. En ese orden, señaló que salta a la vista la improcedencia de las pretensiones principales, como quiera que la demandante reconoce desde los hechos de la demanda que le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Porvenir S.A., lo cual se corrobora con los documentos adosados en las diligencias.

Dijo que de las documentales y los interrogatorios de parte recaudados en el proceso no se advierte acreditado que la AFP Porvenir S.A. le brindara información clara y suficiente a la accionante acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales y las diferencias entre estos, siendo claro que no se cumplió con el deber de información en su primera etapa de evolución,

⁶ Páginas 2 a 5 Archivo 10 del Expediente Digital.

misma que implica una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo el conocimiento de la existencia del régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. En ese orden, señaló que la AFP demandada incumplió el deber que le imponía entre otros, el Decreto 663 de 1993, en su artículo 97, lo cual da lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios reclamada.

Señaló que no se encuentra probada la excepción de prescripción propuesta por la AFP convocada, pues a la demandante se le comunicó el reconocimiento de su pensión de vejez el 5 de septiembre de 2018 y la demanda se radicó dentro del término, esto es, el 5 de febrero de 2021.

Añadió que realizado el cálculo de la pensión de vejez de la actora en el RPM se obtiene una mesada liquidada con IBL hallado con el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 62,82%, equivalente a \$2.638.590 para el año 2018, siendo claro que este difiere de la prestación que le fue reconocida, cuya cuantía para esa anualidad ascendió a \$1.024.435, para una diferencia de \$1.411.656,40, en tratándose de mesadas ordinarias a las que se le efectúan los respectivos descuentos de salud, mientras que el detrimento en el caso de la mesada adicional, es de \$1.604.155.

Por tanto, dijo que considerando la fecha de nacimiento de la convocante, que lo fue el 4 de abril de 1961, y que la esperanza de vida para las mujeres en el año 2018 era de 79,86, es decir, que en el caso de la actora lo sería hasta el 14 de febrero de 2041, se advierte un detrimento en 264 meses y 14 días de mesadas ordinarias y 23 adicionales, para un perjuicio causado en un total de \$461.146.437.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR S.A.** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que si bien en los casos de ineficacia de traslado existe una inversión de la carga de la prueba sobre las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, lo cierto es que ello no puede atribuirse para la prosperidad de las pretensiones subsidiarias, porque la indemnización de perjuicios recae sobre la teoría o la institución de la responsabilidad civil contractual o extra contractual, que exige a quien invoca el hecho, el deber de acreditarlo, lo cual no

emana del material probatorio que reposa en las diligencias, ya que la parte actora no acredita el daño, ni el nexo causal que dé paso a una eventual indemnización de perjuicios, acotando que en tratándose del daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, fisiológicos o de la vida de relación, se requiere la prueba necesaria del hecho, la culpa, el daño y ese nexo causal.

Dijo que, contrario a lo aducido por el Juzgado de Conocimiento, se evidencia que durante los años de afiliación de la demandante se mejoró su ahorro pensional, a través de unos rendimientos financieros, además, suscribió una solicitud de reconocimiento pensional para el año 2018, en la cual optó de manera libre y voluntaria por la modalidad de retiro programado, siéndole entregadas sus mesadas pensionales desde el mes de agosto de símil año.

Adujo que el mayor valor de la mesada pensional no debe ser asumida por Porvenir S.A., como quiera que ello implica el desconocimiento de la estructura y funcionamiento del régimen de capitalización, el cual depende de los rendimientos financieros y los vaivenes de la economía durante el tiempo de afiliación de la actora, destacando que la consolidación del capital necesario para el reconocimiento de la pensión de vejez, se ha visto afectado por fenómenos tales como la inflación, las inversiones, las rentabilidades, las utilidades, así como la posibilidad de la activa, de efectuar aportes voluntarios, factores que no pueden ser atribuibles a Porvenir S.A.

Señaló que concluir una responsabilidad patrimonial sobre las distintas formas o fórmulas en las cuales se liquida la pensión de vejez en el RAIS, de cara al RPM, implica desconocer la constitucionalidad y legalidad de ambos regímenes pensionales, los cuales cuentan con una regulación propia y fuentes de financiación diferentes, conforme lo ha indicado la jurisprudencia constitucional.

Indicó que los perjuicios reconocidos por la parte demandante tampoco se encuentran probados, porque ni siquiera se aportó con la demanda algún tipo de cálculo efectuado por un especialista actuarial, inclusive para determinar cuál era la mejor opción en ese momento histórico en que se realizó el traslado de régimen pensional, que no era posible prever dadas las fluctuaciones del mercado y los eventuales cambios que hubiera podido tener el aporte pensional de la demandante. Agregó que no obra prueba siquiera sumaria que permita deducir la diferencia en las mesadas pensionales y es por ello que se echa de menos la

realización de algún estudio actuarial y comparativo que brinde confianza y certeza sobre los posibles perjuicios alegados por la parte actora.

Dijo que se debe estudiar la condena en costas, bajo el entendido que la situación jurídica de la actora imposibilitaba acceder al traslado de régimen pensional, debido a su estatus de pensionada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si es procedente el reconocimiento de perjuicios a cargo de la AFP PORVENIR S.A., e igualmente, si contra dicha entidad procede la condena en costas de primer grado.

CONSIDERACIONES

Debe señalarse en primer lugar que, no existe discusión en esta instancia en cuanto a que la señora MARÍA PATRICIA ALZATE LIÉVANO, cotizó al ISS hoy Colpensiones, del 8 de agosto de 1984 al 30 de junio de 1999 (Historia laboral carpeta 06 del ED); que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 8 de junio de 1.999, como se evidencia en el formulario de afiliación (Página 7 archivo 08 del ED); que a la parte demandante se le reconoció pensión de vejez desde

el 1º de agosto de 2018, bajo la modalidad de retiro programado, en cuantía de \$1.024.435 (Páginas 38 Archivo 01 y 102 a 103 Archivo 07 del ED).

Sobre la controversia planteada, cumple memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL373-2021), tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de pensionados, con la prédica de su improcedencia, decidiendo *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*.

Ello, por cuanto la Alta Corporación consideró que la calidad de pensionado es una *“situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer”*, ya que ello conllevaría a configurar *“disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*.

Sin embargo, precisó el máximo tribunal de esta jurisdicción, que el pensionado que se considere lesionado en su derecho, puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el *petitum* de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y, se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, criterio que ha sido propalado en sentencias SL5169-2021, SL5704-2021, SL5172-2021, y SL1113-2022.

Sobre este último aspecto, la CSJ ha subrayado que el pensionado que se considere lesionado en su derecho puede obtener la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, tal como a continuación se indica:

“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su

pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”.

Es menester llamar la atención que en el *sub examine*, desde el libelo genitor se enuncia que “Mi poderdante solicitó a PORVENIR S.A. le reconociera su pensión de vejez, desconociendo el detrimento que sufriría en su mesada pensional en comparación con la pensión a la que tendría derecho en el RPM”, e igualmente que, “La mesada pensional que actualmente recibe la señora ALZATE LIEVANO equivale a la suma de UN MILLÓN NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$1.097.178), suma considerablemente deficitaria a la que recibiría en el RPM”, es por ello que, pretendió de manera subsidiaria que “se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. indemnizar los perjuicios ocasionados a la señora MARIA PATRICIA ALZATE LIEVANO, debidamente indexados”, pretensión que quedó incluida en la fijación del litigio, lo cual indudablemente habilitaba al Juzgado de Conocimiento para su estudio, ante la improcedencia de la ineficacia de traslado deprecado de manera principal, pues pese a que la autoridad judicial no encontró probado que la AFP demandada cumpliera con su deber de información, el traslado no podía retrotraerse, dada la condición de pensionada de la demandante, aspecto este último que no se encuentra en discusión.

Ahora bien, ha de indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha delineado que la acción de indemnización de perjuicios no es ajena al derecho laboral, y en un caso donde se pretendían perjuicios morales a cargo de una AFP por la demora en resolver su situación pensional, estimó la Corte que, el Tribunal se equivocó al denegar la pretensión por estimar que no pertenece al ámbito laboral, y en esa dirección apuntaló:

“Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha

reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen". (Radicación 35795 de 2010).

De igual modo, vale resaltar lo dicho en la sentencia SL924 de 2018, que a su vez replica la sentencia de radicado No 357222 de 2009, en la que, respecto a la reparación del daño, expresa:

*"Sea lo primero advertir que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, **dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado**". (Negrilla fuera del texto).*

En lo que respecta propiamente a los perjuicios reclamados de quien ostenta la calidad de pensionado en el RAIS, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3535-2021, consideró:

*"Por consiguiente, siempre que dicha pretensión sea plasmada en la demanda - lo que en este caso no ocurrió-, **bien podría el juez ordenar a título de indemnización de perjuicios el pago a cargo de la AFP de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar**". (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

Así las cosas, advierte la Sala que, desde las honduras de lo jurídico procesal, al no ser la acción de indemnización de perjuicios ajena al derecho laboral, en la que sin duda cabe la reparación del daño por la responsabilidad imputable a la AFP, debe la parte actora encausar las pretensiones en ese sentido, bien sea de manera directa o principal o subsidiaria a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, como acaece en el *sub examine*, en donde se pretende que se reconozca a cargo de PORVENIR S.A. a título de indemnización de perjuicios la diferencia de la mesada pensional que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida.

Habida cuenta que nos encontramos frente a un régimen de responsabilidad subjetiva contractual por culpa probada, al que se llega por vía de aplicación supletoria del artículo 19 del C.S.T., uno de los principios fundamentales del mismo compendio normativo, viene a propósito colacionar los

predicamentos que en torno del daño ha esbozado con solvencia la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SC282-2021/2008-00234-01), en cuyos apartados pertinentes expresa:

“El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. No. 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. No. 1999-00227-01).

En otras palabras, «es ‘todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad’» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. No. 2000-00196-01).

2.1.2. Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. No. C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. No. 2005-00174-01).

(...)

El principio de reparación integral propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, «[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado».

La Corte, refiriéndose a este principio, ha ordenado «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio» (SC, 18 dic. 2012, rad. No. 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. No. 2009-0014-01).

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, es preciso verificar si se ha ocasionado un daño que deba repararse en el *examine*, para lo cual ha de resaltarse en primer lugar que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, solo se allegó por parte de la AFP el

correspondiente formulario de afiliación, y otra documental posterior al traslado; empero, tales probanzas no reflejan que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y suficiencia en la información que debía ser suministrada, y que no solo son los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse el traslado, frente a lo cual ha de resaltarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, no basta con allegar un formato de vinculación cumpliendo con los requisitos que impone la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere de la efectiva asesoría integral brindada al momento del traslado, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima, debía efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones, en la medida en que no se trata solo de disuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que pueda lograr en lo futuro una pensión que mejor se acompase con la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral, lo que da lugar a dar por acreditada la culpa de la AFP accionada, pues se *itera*, de la documental no se deriva el cumplimiento de ese deber, ni tampoco del interrogatorio rendido por la activa, quien sobre ello no efectuó ninguna confesión Archivo 28 del ED).

Ahora bien, la Sala entra a verificar si esa falta de información cualificada por parte de la AFP convocada al juicio, que determinó la afiliación, traslado y permanencia de la actora en el RAIS, y su consecuente reconocimiento jurídico del estatus de pensionada con el pleno y satisfactorio disfrute pensional, causó un daño directo, cierto, real y efectivo en la liquidación del ingreso base y en el monto de la mesada pensional.

Lo anterior, en efecto logra extraerse del plenario, pues aunque es cierto que la convocante no allegó ninguna liquidación o cálculo al respecto, como se resalta en la alzada, lo cierto es que la propia demandada allegó una liquidación en la que se puede advertir que el Ingreso Base de Cotización hallado con el promedio de lo cotizado por la activa en los últimos 10 años ascendía para el año 2018 a \$4.185.681, como se constata a página 101 del archivo 07 del expediente digital, y como quiera que para tal data contaba la activa con más de

las 1.300 semanas de cotización exigidas en el RPM, específicamente con 1.344,29 y la edad mínima de pensión, es decir, 57 años cumplidos el 4 de abril de 2018, como emana de su registro civil de nacimiento (página 32 archivo 01 del ED), es clara la pérdida de oportunidad de acceder a un mayor valor en su mesada pensional, en tanto que de haber continuado en el régimen de prima media con prestación definida, le hubiera correspondido una mesada con una tasa de reemplazo del 62,82% del IBL referenciado, en términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, para una primera mesada de \$2.629.445, situación que evidentemente le significaría un mayor monto de la prestación a la que le fuera otorgada por PORVENIR S.A., a partir del 1º de agosto de 2018 en cuantía de \$1.024.435 (Páginas 38 Archivo 01 y 102 a 103 Archivo 07 del ED), y por contera, se configura el elemento basilar constitutivo de la responsabilidad de la AFP, como lo es el daño, con su particular carácter de ser *“directo y cierto”* y no simplemente *“eventual o hipotético”*.

En este punto, vale la pena memorar lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL373-2021), en torno de la concreción del daño, al resaltar que: *“el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado”*, lo que en efecto se presenta en el *sub examine*, pues la falta del deber de información detallada e íntegra por parte de la AFP previo al momento del traslado de régimen pensional, determinante de su consentimiento, su permanencia y pleno y satisfactorio disfrute de la pensión, privó a la actora de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el régimen de prima media con prestación definida, visto que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva se denomina *“pérdida de oportunidad”* como daño reparable, dentro de las siguientes condiciones:

“La Sala, asimismo, en oportunidad reciente, se refirió a “la pérdida de una oportunidad” como “la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio” y luego de hacer mención de las diferentes tesis que plantea la doctrina respecto de la naturaleza del detrimento que se estudia, concluyó que “[a]l margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual”. (Sentencia del 01 de noviembre de 2013, ref: 08001-3103-008-1994-26630-01, Sala de Casación Civil).

Para ahondar en razones, debe decirse que en todo caso, no puede desconocerse que teniendo en cuenta el IBL anteriormente aludido, la mesada

pensional de la activa reconocida por la AFP llamada a la acción equivale al 24,47% del mismo, mientras que, se insiste, la mesada pensional que le hubiere correspondido en el RPM equivaldría al 62,82%, lo que evidencia una gran afectación desde el punto de vista de su congrua subsistencia, partiendo del presupuesto que el IBL hallado por Porvenir S.A., se sustenta en los IBC o salarios reportados por la actora en los últimos 10 años de su vida laboral.

Así las cosas, se advierte la presencia de la triada de elementos de la responsabilidad subjetiva, esto es, una culpa probada por la AFP accionada, un daño directo y cierto, y un nexo causal entre los dos primeros elementos, por manera que no resultan atendibles los argumentos expuestos por la AFP convocada en su alzada, sobre la ausencia de dichos elementos para la procedencia de la indemnización deprecada.

Aunado a ello, ha de indicarse, que si bien como se dice en la alzada, la manera de liquidación de la pensión de vejez en el RAIS, es legal y constitucionalmente aceptada, esa situación no es la que constituye el daño aquí alegado, porque como se dijo con anterioridad, es la falta de información sobre este aspecto, el que ha devenido en ese perjuicio causado a la convocante.

Conforme a lo anterior, concluye la Sala que contrario a lo indicado en el recurso de apelación, es procedente la indemnización de perjuicios deprecada por la parte convocante, misma que conforme a lo definido por la Sala mayoritaria en el proceso 17 2018 555, basada en la jurisprudencia anteriormente aducida, se traduce en la diferencia pensional existente entre la prestación que le correspondería a la actora en el régimen de prima media y la mesada pensional que actualmente recibe en el RAIS, la cual se calcula partiendo de la fecha de la pensión ya reconocida por la AFP accionada a favor de la señora Alzate Liévano, desde el 1º de agosto de 2018 hasta la fecha de la sentencia, de cara a la pensión que le correspondería en el RPM, debiendo asumir Porvenir desde julio de 2023 en adelante, el valor de la mesada propia de este régimen; sin embargo, se observa que el Juzgado de Conocimiento al proceder a la tasación de los perjuicios, simplemente tomó el valor de la diferencia existente entre las mesadas de ambos regímenes para el año 2018 a título de detrimento mensual (\$1.411.656,4) y lo proyectó al 14 de febrero de 2041, fecha en que se concreta la esperanza de vida de la actora, tal y como se advierte a continuación:

TASACION PERJUICIOS							
ESPERANZA DE VIDA MUJERES 2018	FECHA NACIMIENTO	FECHA RECONOCIMIENTO	FECHA ESPERANZA DE VIDA	No. MESADAS	DIFERENCIA MESADA PENSIONAL AL RECONOCIMIENTO	PORCENTAJE DESCUENTO SALUD	DETRIMENTO MENSUAL
79,86	4/04/1961	1/08/2018	14/02/2041	287,47	1604155	192498,6	1411656,4
VALOR TOTAL PERJUICIOS A FECHA ESPERANZA DE VIDA							461146437,9

En ese orden, como quiera que ninguna de las partes debate tal forma de liquidación, mediante el recurso de apelación, la Sala procederá a dejarla incólume.

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

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso 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 acertada la decisión del Juez A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de PORVENIR durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

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

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

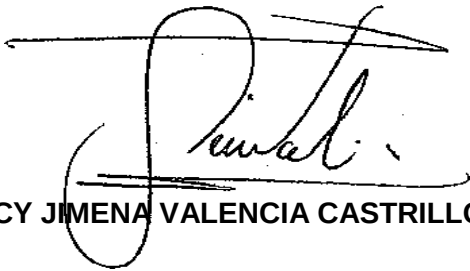
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) 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., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Aclara voto


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:	11001-31-05-036-2021-00354-01
DEMANDANTE:	ANA FLOR MUÑOZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 11 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil vientos (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 las partes en contra de la sentencia del 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **ANA FLOR MUÑOZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PESNIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-036-2021-00354-01**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la sustitución pensional a partir del 17 de octubre de 2020, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente Teófilo Bravo Angarita, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las mesadas pensionales y; costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que conformó con el causante una unión marital de hecho que se mantuvo desde el día 15 de febrero de 1972 hasta el 16 de octubre de 2020, compartiendo techo, lecho y mesa; que junto con el pensionado procrearon tres hijos, mayores de edad y que responden a los nombres de Ana María Bravo Muñoz, Daniel Bravo Muñoz y Nino Bravo Muñoz, solicitó a la AFP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero esta le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que la demandante, no acreditó el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del año 2003, esto es, haber convivido con el causante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, tal como se consagró en la investigación administrativa realizada por Colpensiones

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de indexación e intereses moratorios, buena fe, compensación, prescripción y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 11 de mayo de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer

¹ Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

² Archivo 06 Carpeta 01 Expediente Digital

a la demandante la sustitución pensional, a partir 17 de octubre de 2020, condenó al pago de \$32.584.594 por concepto de retroactivo pensional liquidado del 17 de octubre de 2020 al 30 de abril de 2022; al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 20 de diciembre de 2020, declaró no probada la excepción de prescripción, y gravo en costas a la pasiva.

Como fundamentos de su decisión, la *A quo* señaló, como hechos ciertos la calidad de pensionado del causante mediante Resolución del 6 de mayo de 2014, expedida por Colpensiones, mesada que equivale a un 1 SMLMV y la fecha de deceso del causante, esto es, el 16 de octubre de 2020. Que a partir de esta calenda indicó que los parámetros a estudiar la referida sustitución pensional es la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones del art. 12 de la ley 797 de 2003. Que a la parte activa le corresponde demostrar que convivió con el causante no menos de cinco años anteriores a la muerte del pensionado. Adujo, que, de conformidad a los medios probatorios arrimados al plenario, como las declaraciones extraprocesales, la investigación aportada por Colpensiones y las manifestaciones efectuadas por los deponentes Oscar Ballesteros y Rosa Antolínez, dan fe de una convivencia ininterrumpida por un espacio de cuarenta años, convivencia que terminó por el deceso del causante. Por tanto, indicó que no entendía las razones por la cuales la Administradora negó el derecho de la actora. Adujó, que tal como lo expuso la accionante en su interrogatorio, el causante vivió en la Manga – Tolima desde febrero de 2020 hasta septiembre del mismo año, pero a raíz del confinamiento o cuarentena por Covid-19, pero que en septiembre pudo regresar a su casa en Bogotá junto con la actora, para luego ser internado en el Hospital y posteriormente fallecer. En conclusión, encontró la Juez de instancia que se demostró una convivencia efectiva, con lazos de solidaridad, de ayuda mutua, que procrearon tres hijos, permaneciendo unidos a pesar de la pandemia Covid-19. Ordenó el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento que la pasiva no se encontraba dentro de las reglas establecidas por la jurisprudencia patria para exonerarse del pago de intereses, como el conflicto de intereses o cambio jurisprudencial, situación que no aconteció al quedar demostrada la convivencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes debido a que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello, ya que no logró acreditar los últimos cinco años de convivencia que se establecen en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Agregó, que con las declaraciones de Oscar Antonio Ballestero y Dey Rosa Antolinez no se puede dilucidar que entre la actora y el causante existió una convivencia efectiva conforme a los parámetros señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-149 de 2021, pues se limitaron a narrar las circunstancias que rodearon la enfermedad del causante. En consecuencia, al negar el derecho al pago y reconocimiento de la sustitución pensional, por sustracción de materia no es viable el pago de retroactivo e intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 la señora ANA FLOR MUÑOZ tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Teófilo Bravo Angarita (Q.E.P.D.); segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios

del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y; tercero; si se debe revocar la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Teófilo Bravo Angarita (Q.E.P.D.), falleció el 16 de octubre de 2020, según se desprende del registro civil de defunción³; **2.** Que el causante fallecido, era pensionado por vejez, según Resolución GNR 154998 del 6 de mayo de 2014, efectiva a partir del 17 de marzo de 2014 en cuantía equivalente a un SMLMV. **3.** Que la demandante presentó reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, el 29 de octubre de 2020, la cual le fue negada a través de Resolución SUB 6944 del 6 de enero de 2021⁴; **3.** Que la negativa de la pensión fue confirmada mediante Resolución SUB 54711 del 1 de marzo de 2021.⁵

La pretendida pensión de sobrevivientes la consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte...”

Aclarado lo anterior, frente al derecho de la demandante al pago de la sustitución pensional, como se estableció el causante falleció el **16 de octubre de 2020**, las normas que gobiernan la situación pensional de la accionante, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, normas que consagran que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la cónyuge, *“o la compañera o compañero permanente o supérstite”* quien deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y **haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su**

³ Folio 21 archivo 01 del ED.

⁴ Folios 31-36 archivo 01 del ED.

⁵ Folios 37-44 archivo 01 del ED.

muerte. Criterio que fue recordado en la Sentencia Radicado SL 1399 de 2018.

Ahora bien, mediante sentencia SL1730 del 3 de junio de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia revaluó el alcance del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 **concluyendo que, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del pensionado que fallece, se requiere la convivencia mínima de cinco (5) años.** Para el caso del cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite, del afiliado al sistema que fallece, consideró que no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, y así lo expuso:

“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra 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.”

Continuando en esa senda, considera esta Sala, si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso de la compañera permanente, no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL4227-2021, en la cual señaló, lo siguiente:

“Frente a pensionados fallecidos, esta Corte tiene adocctrinado que, aunque es verdad que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contempla que, para ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, tanto la cónyuge como la compañera deben acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante durante al menos cinco años continuos inmediatamente anteriores al deceso; también es cierto que, la Sala de Casación Laboral al efectuar una interpretación de dicha norma en concordancia con el literal b) ibidem, ha sostenido que la o el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente puede acceder al derecho pensional al demostrar el requisito de los cinco años en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social.”

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala comparte lo considerado por la A quo en relación con la convivencia de la promotora de la acción con el pensionado fallecido, pues se demostró una relación con vocación de permanencia, toda vez, que los medios de prueba practicados enseñan fehacientemente que la pareja convivió por un lapso muy superior al exigido por la norma, en razón a que los testimonios recaudados dentro del juicio; primero, son prueba contundente de la convivencia y; segundo, los mismos se ratifican con lo narrado por la pasiva en la investigación interna realizada, conforme se pasa a explicar:

Ahora, dentro del proceso también se escuchó la declaración de Dey Rosa Antolínez Báez amiga de la demandante y del causante, expuso que los conoció por su esposo Oscar Antonio Ballesteros, que entre las dos familias

entablaron una relación muy cercana, que desde el momento que los conoció sabía que vivían juntos y que nunca se separaron. Que compartiendo muchos momentos, que se visitaban en sus casas con sus respectivos hijos. Que el causante y la señora Ana Flor Muñoz viajaban de manera constante a la Manga Tolima, que en el trascurso de ida o de vuelta entre Bogotá y la Manga Tolima siempre pasaban por su casa que está ubicada en Fusagasugá. Indicó, que estuvo presente en la enfermedad que acaeció al causante, que los visitó en su casa y hasta en el Hospital, que la actora era la persona que lo acompañaba junto con su hijo Nino. A la pregunta, como era la convivencia entre la actora con el señor Teófilo, contestó que fue una relación muy bonita, que siempre hubo un trato respetuoso, que la llamaba “tontita” de cariño, que el causante en vida nunca habló de otra mujer que no fuere su “esposa” Ana Flor Muñoz.

El señor Óscar Antonio Ballesteros Naranjo, actualmente pensionado, manifestó que conoció al causante desde el año 1974, con ocasión a que ambos laboraron para el Departamento de muebles del Banco Colombia, que desde ese año conoció también a la señora Ana Flor Muñoz, que el señor Teófilo siempre la presentó como su “esposa” ante amigos y compañeros de trabajo, que entablaron una bonita e íntima amistad, que conoció su hogar y los visitaba con frecuencia, que conoció a sus hijos Ana María, Daniel y Nino, que ante su cercanía también compartieron con cuatros de sus hijas, como dos familias muy unidas. Que ellos, empezaron a vivir en San Francisco, luego vendió la casa e inició un negocio de compra venta. Adujo, que desde hace 12 años fue diagnosticado con próstata, le consta porque lo acompañó y los médicos le indicaron que tenía un quiste cancerígeno. Que su enfermedad fue muy dura, que al principio le entregaron medicamentos luego lo operaron, que siempre estuvo presente la señora Ana Flor Muñoz acompañándolo en todas sus citas médicas y entradas a la clínica. Que, en febrero del 2020, fue la última vez que el causante y la actora los visitaron en su casa ubicada en el municipio de Fusagasugá, sin embargo, siempre mantuvieron contacto por vía telefónica por la pandemia Covid-19, hasta cuando le avisaron de su deceso.

Las anteriores declaraciones guardan precisión y no son contradictorias frente a lo expuesto por la actora al momento de absolver interrogatorio, en su declaración manifestó que desde el año 1972, inició convivencia con el causante en el Barrio San Francisco y luego en diferentes localidades de Bogotá D.C., que de igual forma tenían una casa en el departamento de

Tolima, que procrearon tres hijos, siendo su hijo Daniel quien sufragó los gastos de entierro. Que el señor Teófilo Bravo Angarita, era una persona que no le gustaba salir a comer o estar fuera de su hogar, que por lo general le preparaba comida, que a pesar que se enteró que tenía dos hijos por fuera de su relación, tal situación no fue impedimento para dejar de convivir, pues, adujo que lo perdonó. Que el señor Bravo Angarita fue diagnosticado con cáncer de próstata diez años antes de su fallecimiento, que para el año de su deceso su salud se había deteriorado por la dispersión del cáncer de próstata. La actora hizo énfasis ante las constantes preguntas de la apoderada judicial de Colpensiones y del Despacho que nunca se separaron, que el único alejamiento fue por fuerza mayor, debido a que el causante ante los rumores de cierre de Bogotá por la pandemia de Covid 19 decidió viajar a Tolima, pues no quería pasar cuarentena en Bogotá, sin embargo, en septiembre regresó ante su grave estado de salud, ingresando al Hospital Cancerológico, que lo acompañó en sus cirugías, citas médicas hasta el momento de su muerte.

Por otro lado, se tiene el informe técnico de investigación, efectuado por el Departamento de Investigaciones de la pasiva, que además de corroborar los dichos de los anteriores deponentes, dialogó con la señora Esther Angarita, hermana del causante, quien señaló *«conocer a la señora Ana Flor Muñoz como la compañera de su hermano, quienes convivieron por un tiempo de 48 años en unión libre, procrearon tres hijos, en la actualidad mayores de edad sin discapacidad alguna y que el causante tiene dos hijos extra matrimoniales. Finalmente, alude que el causante falleció a causa de Covid-19 en la ciudad de Bogotá el 16 de octubre del año 2020»*. En los mismos términos, Luz Dary Angarita, prima del causante señaló *«manifestó conocer a la señora Ana Flor Muñoz como la compañera de su primo, quienes convivieron por más de 40 años en unión libre, procrearon tres hijos, en la actualidad mayores de edad sin discapacidad alguna y que el causante tiene dos hijos extra matrimoniales. Finalmente, alude que el causante falleció a causa de Covid-19 en la ciudad de Bogotá el 16 de octubre del año 2020»*.

Con todo lo anterior, la pasiva de manera sorpresiva concluyó que no se logró establecer la convivencia de los últimos cinco años de vida del señor BRAVO ANGARITA, a pesar que al unísono manifestaron una convivencia ininterrumpida por más de cuarenta años. Ahora bien, debe señalar la Sala, que por el solo hecho que la actora y el causante no pernotaron en la misma

casa por el espacio entre febrero de 2020 y mediado de septiembre del mismo año, tal situación no es óbice para negar la sustitución pensional, pues se trató de una situación de fuerza mayor con ocasión a la pandemia mundial de Covid 19, que obligó al cierre de todos los municipios de Colombia y a guardar cuarentena en casa.

En ese sentido la convivencia real y efectiva a la que alude el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **no se reduce al simple hecho de la residencia en una misma casa, sino que abarca otros aspectos como la continuidad de la vida marital, el apoyo material y afectivo, el acompañamiento espiritual, mutua comprensión, entre otros, que permitan evidenciar una verdadera comunidad de vida estable, en la que simplemente no hay cohabitación por situaciones particulares especiales que la hacen imposible, pero que no conlleva la ruptura de una real convivencia.**

Por tanto, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

Bajo los anteriores derroteros, se demostró una convivencia efectiva en los términos señalados por la jurisprudencia, pues por espacio considerable por más de cuarenta años, mantuvieron una relación de pareja con lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, pues es de recordar que la totalidad de los declarantes manifestaron esos lazos de apoyo sentimental y económico del fallecido Teófilo, solidaridad que fue correspondida por la demandante, quien expresó que durante el tiempo de padecimiento del cáncer del causante, estuvo con él, llevándole medicamentos, a citas médicas, cuidándolo. En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia de reconocer y pagar a favor de Ana Flor Muñoz la pensión de

sobrevivientes por el fallecimiento del pensionado TEOFILO BRAVO ANGARITA.

Entonces, se tiene que las mesadas reconocidas en la primera instancia, desde el 17 de octubre de 2020 al 30 de abril de 2022 inclusive, suman \$32.584.594. Debiendo extenderse dicha condena hasta el 30 de junio de 2023, en los términos del artículo 283 del CGP. Así, se obtiene un retroactivo pensional causado en favor del actor por valor de **\$47.544.594**. en ese sentido se completará la decisión de primer grado.

En relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009). Esto, siempre y cuando no existe justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que Colpensiones negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al demandante, aduciendo que no se demostró una convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores a la muerte del deceso del causante, pues como se anotó en precedencia, desde la misma investigación efectuada por la pasiva, las personas que fueron entrevistadas dieron fe de esa convivencia superior a cuarenta años.

En ese sentido, no desatinó el juez de instancia al señalar que los intereses moratorios proceden a partir en que vencieron los 2 meses con los que contaba la AFP para reconocer la prestación económica.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo 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,

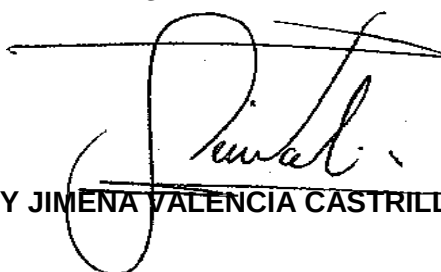
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bucaramanga, en el sentido de liquidar el retroactivo pensional reconocido en favor de Ana Flor Muñoz, y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la suma de \$ **47.544.594**. a razón de 13 mesadas anuales desde el 17 de octubre de 2020 al 30 de junio de 2023. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN


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:	11001-31-05-037-2019-00136-01
DEMANDANTE:	BONIFACIO MÉNDEZ RODRÍGUEZ.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 28 de marzo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil vientes (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 28 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario promovido por **BONIFACIO MÉNDEZ RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PESNIONES – COLPENSIONES Y JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY**, con radicado No. **11001-31-05-036-2021-00354-01**.

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

DEMANDA¹

Pretende el promotor del litigio, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad a lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1 de marzo de 2003, data en que se desafilió al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se falle extra y ultra petitta, aparejado con costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el día 7 de mayo de 1940, por lo que contaba con más de 40 años al 01 de abril de 1994, a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Así mismo, aseveró que laboró para el empleador Joseph Ronis Alcala entre el mes de enero de 1983 y el mes de febrero de 2003, que entre 1983 y octubre de 1997, el referido empleador incurrió en mora en el pago de aportes, pues solo hasta el mes de 2003, pagó las cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre 1983 y octubre de 1997.

Señaló, que en la Historia Laboral de Colpensiones fueron cargados correctamente los pagos hechos en marzo de 2003, correspondientes al periodo comprendido entre el mes de 1995 y octubre de 1997, en lo que respecta al pago del periodo comprendido entre enero de 1983 y diciembre de 1994, el extinto ISS hoy Colpensiones imputó los pagos a ciclos futuros, esto es, al periodo marzo de 2003 a diciembre de 2014. Deprecó, que en el reporte de la historia laboral de Colpensiones no incluyó de manera correcta el total de semanas cotizadas del periodo de mora patronal, es decir el período pagado tardíamente por el empleador JOSEPH RONIS ALCALAY- enero de 1983 y diciembre de 1994. Que conforme, con el reporte real de semana cuenta con un total de 558.14 semanas, sin embargo, la pasiva mediante Resolución No. 000298 del 27 de enero de 2006, le negó la pensión de vejez bajo el argumento que acreditó solo 446 semanas, negativa que fue confirmada mediante Resolución No. 5396 del 21 de junio de 2007.

Señaló, que con posterioridad solicitó la pensión de vejez, siendo negada mediante Resolución SUB. 62859 del 6 de marzo de 2018, bajo el argumento de no acreditar las semanas necesarias, luego el 12 de diciembre

¹ Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

de 2018, rogó la revocatoria directa del anterior acto administrativo siendo negada mediante Resolución No. 328806 del 21 de diciembre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues si bien a 1 de abril de 1994 contaba con la edad requerida, al hacer el estudio bajo el Decreto 758 de 1990 no acreditó las 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento, de igual forma, tampoco contaba con 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, hasta 31 de julio de 2020, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005.

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

TRÁMITE Y CONTESTACIÓN DE JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY.

Mediante Auto del 19 de diciembre de 2019³, se ordenó la vinculación del señor JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY., como litis consorte necesario y se ordenó efectuar la notificación, quien compareció a través de Curador ad litem, procedió a dar contestación a la demanda y señaló atenerse a lo que resultará probado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia del 28 de marzo de 2023, la instancia decidió condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, la pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del 15 de febrero de 2016 teniendo como mesada pensional para dicha anualidad la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, condenó a la suma de \$82.805.843 por mesadas pensionales causadas desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2023, sin

² Folios 310-315 archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital

³ Archivo 11 de la carpeta 01 del ED.

perjuicio de las que se causen con posterioridad, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y la gravó en costas.

Señaló el *a quo* que el actor era beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad, así mismo que no le eran aplicables las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que para la data en que empezó a regir dicha preceptiva, este ya había alcanzado la edad de pensión. Estimó que debido a que no estaban registrados en la historia laboral los ciclos de enero de 1983 hasta diciembre de 1994, que corresponden a 617,76 semanas, de las cuales se probó su pago por el empleador con posterioridad en el año 2003, lo procedente era sumarlas a las registradas en la relación de aportes, lo que arrojaba un total de 1.005 semanas en toda la vida laboral. Explicó, que existió un allanamiento o aceptación tácita de la Administradora, pues no puede desprender legalmente de la obligación que tiene con el afiliado recibiendo pago de aportes para luego advertir irregularidades con posterioridad, como soporte de lo anterior citó las sentencias SL 5861-2021 y SL 1116-2022. En consecuencia, concluyó que el gestor reunió los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los presupuestos del art. 12 del Decreto 758 de 1990, a reglón seguido se remitió al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para determinar el Ingreso base de liquidación de la mesada respecto de los últimos diez años anteriores a la última cotización, esto en dentro del periodo de 1993 a 2013, efectuada la liquidación encontró que la mesada era inferior al SMLMLV. En, consecuencia, estableció el pago de la prestación a partir del 15 de febrero de 2016, en cuantía de 1 SMLMV equivalente para el año 2016 a \$689.455.

Frente, a la excepción de prescripción, determinó que, como la petición elevada por el actor en el año 2006, fue resuelta por la pasiva hasta el 21 de junio de 2007, y solo hasta el 15 de febrero de 2019, es que el actor interpuso la demanda, las mesadas de los últimos tres años no se vieron afectadas por el fenómeno prescriptivo. Por tanto, ordenó el pago de retroactivo pensional desde 15 de febrero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2023. Negó el pago de intereses moratorios, bajo el argumento que el extinto ISS Colpensiones actuó en apego en la ley, y el reconocimiento de la pensión vejez, provino en razón a la aplicación del criterio jurisprudencial de que la mora no es imputable al trabajador

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de alzada de forma parcial, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, las siguientes dos glosas, la primera frente a la fecha de reconocimiento y pago de la prestación, toda vez, que el Juez de primera vara inobservó la reclamación elevada el 7 de diciembre de 2017, la cual fue resuelta por la pasiva al año siguiente en el año 2018 y la demanda incoada el 15 de febrero de 2019. Por tanto, el reconocimiento de la prestación debió ordenarse a partir del 7 de diciembre de 2014, al estar dentro del término de tres años de que trata el artículo 488 del CST y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Frente a la segunda inconformidad, aduce que erró el *A quo*, al denegar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez, que la renuencia del pago de la pensión de vejez no puede recaer en el trabajador que se vio afectado por la mora del empleador en el pago de aportes

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 problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*; primero, determinar si el señor BONIFACIO MÉNDEZ RODRÍGUEZ le asiste o no el derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta los períodos

que presentan inconsistencias en su historia laboral, segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Son hechos indiscutidos y acreditados en el proceso, **(i)** Que el demandante nació el 7 de mayo de 1940 (f. 17, copia CC); **(ii)** Que el 7 de junio de 2005, según lo consagrado en la Resolución No. 000298 de 2006, elevó solicitud de reconocimiento de prestación por vejez, siendo negada bajo el argumento que no cuenta con las 500 semanas requeridas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. **(iii)** Que el ISS confirmó la anterior Resolución que negó la pensión de vejez, aduciendo que solo reporta 460 semanas, de las cuales 284 semanas corresponde a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, de 60 años. **(iv)** Que el 7 de diciembre de 2017, según la Resolución SUB 62859 del 6 de marzo de 2018, el actor solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo negada en el referido Acto, por insuficiencias de semanas. **(v)** Que el 12 de diciembre de 2018, según lo narrado en la Resolución No.201815806519, Colpensiones no accedió a la revocatoria directa de la anterior Resolución, bajo el argumento que el actor no acreditó las 750 semanas antes del 25 de julio de 2005, para conservar el régimen de transición ni tampoco acreditó las 1300 semanas de que trata la Ley 797 de 2003.

En condición de beneficiario del régimen de transición, tal como lo determinó la entidad demandada al negar la prestación, en atención a que los beneficios del mismo se extendieron a su favor hasta el 31 de diciembre del año 2014, toda vez que a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de ese año (Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez en principio le son aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión.

De tal manera, se advierte que el art. 12 del citado Acuerdo 049 de 1990, prevé como requisitos para acceder a la pensión de vejez, contar con 60 años de edad en el caso de los hombres, a los que arribó el demandante el 7 de mayo de 2000 y con un mínimo de 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima pensional o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, frente a lo cual, revisada la historia laboral

remitida por la entidad (fs. 85 a 86), se tiene que el actor registra un total de 286 semanas de cotización al ISS, hoy COLPENSIONES, entre el 7 de mayo de 1980 al 7 de mayo de 2000. y 558 semanas en toda la vida laboral, por lo que en principio no cumpliría con las exigencias de la citada norma.

Sin embargo, no se puede perder de vista que de conformidad a las pruebas documentales recaudadas se evidencia que el ex empleador Joseph Richard Ronis Alcalay, pagó tardíamente los ciclos correspondientes entre enero de 1983 y octubre de 1994, específicamente el 13 de marzo de 2003, tal como consta en la nota de recibido efectuada por el extinto ISS del formato denominado “Autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”, periodos que fueron aceptados por la pasiva, pero computados para el periodo de marzo de 2003 a diciembre de 2014, tal como se ilustra a continuación:

PERIODO	FECHA DE PAGO	PERIODO IMPUTADO COMO PAGO	FOLIOS 01	ARCHIVO
ene-83	13/03/2003	mar-03		304
feb-83	13/03/2003	abr-03		303
mar-83	13/03/2003	may-03		302
abr-83	13/03/2003	jun-03		301
may-83	13/03/2003	jul-03		300
jun-83	13/03/2003	ago-03		299
jul-83	13/03/2003	sep-03		298
ago-83	13/03/2003	oct-03		297
sep-83	13/03/2003	nov-03		296
oct-83	13/03/2003	dic-03		295
nov-83	13/03/2003	ene-04		294
dic-83	13/03/2003	feb-04		293
ene-84	13/03/2003	mar-04		292
feb-84	13/03/2003	abr-04		291
mar-84	13/03/2003	may-04		290
abr-84	13/03/2003	jun-04		289
may-84	13/03/2003	jul-04		288
jun-84	13/03/2003	ago-04		287
jul-84	13/03/2003	sep-04		286
ago-84	13/03/2003	oct-04		285
sep-84	13/03/2003	nov-04		284
oct-84	13/03/2003	dic-04		283
nov-84	13/03/2003	ene-05		282
dic-84	13/03/2003	feb-05		281
ene-85	13/03/2003	mar-05		280
feb-85	13/03/2003	abr-05		279

mar-85	13/03/2003	may-05	278
abr-85	13/03/2003	jun-05	277
may-85	13/03/2003	jul-05	276
jun-85	13/03/2003	ago-05	275
jul-85	13/03/2003	sep-05	274
ago-85	13/03/2003	oct-05	273
sep-85	13/03/2003	nov-05	272
oct-85	13/03/2003	dic-05	271
nov-85	13/03/2003	ene-06	270
dic-85	13/03/2003	feb-06	269
ene-86	13/03/2003	mar-06	268
feb-86	13/03/2003	abr-06	267
mar-86	13/03/2003	may-06	266
abr-86	13/03/2003	jun-06	265
may-86	13/03/2003	jul-06	264
jun-86	13/03/2003	ago-06	263
jul-86	13/03/2003	sep-06	262
ago-86	13/03/2003	oct-06	261
sep-86	13/03/2003	nov-06	260
oct-86	13/03/2003	dic-06	259
nov-86	13/03/2003	ene-07	258
dic-86	13/03/2003	feb-07	257
ene-87	13/03/2003	mar-07	256
feb-87	13/03/2003	abr-07	255
mar-87	13/03/2003	may-07	254
abr-87	13/03/2003	jun-07	253
may-87	13/03/2003	jul-07	252
jun-87	13/03/2003	ago-07	251
jul-87	13/03/2003	sep-07	250
ago-87	13/03/2003	oct-07	249
sep-87	13/03/2003	nov-07	248
oct-87	13/03/2003	dic-07	247
nov-87	13/03/2003	ene-08	246
dic-87	13/03/2003	feb-08	245
ene-88	13/03/2003	mar-08	244
feb-88	13/03/2003	abr-08	243
mar-88	13/03/2003	may-08	242
abr-88	13/03/2003	jun-08	241
may-88	13/03/2003	jul-08	240
jun-88	13/03/2003	ago-08	239
jul-88	13/03/2003	sep-08	238
ago-88	13/03/2003	oct-08	237
sep-88	13/03/2003	nov-08	236
oct-88	13/03/2003	dic-08	235
nov-88	13/03/2003	ene-09	234
dic-88	13/03/2003	feb-09	233
ene-89	13/03/2003	mar-09	232
feb-89	13/03/2003	abr-09	231
mar-89	13/03/2003	may-09	230

abr-89	13/03/2003	jun-09	229
may-89	13/03/2003	jul-09	228
jun-89	13/03/2003	ago-09	227
jul-89	13/03/2003	sep-09	226
ago-89	13/03/2003	oct-09	225
sep-89	13/03/2003	nov-09	224
oct-89	13/03/2003	dic-09	223
nov-89	13/03/2003	ene-10	222
dic-89	13/03/2003	feb-10	221
ene-90	13/03/2003	mar-10	220
feb-90	13/03/2003	abr-10	219
mar-90	13/03/2003	may-10	218
abr-90	13/03/2003	jun-10	217
may-90	13/03/2003	jul-10	216
jun-90	13/03/2003	ago-10	215
jul-90	13/03/2003	sep-10	214
ago-90	13/03/2003	oct-10	213
sep-90	13/03/2003	nov-10	212
oct-90	13/03/2003	dic-10	211
nov-90	13/03/2003	ene-11	210
dic-90	13/03/2003	feb-11	209
ene-91	13/03/2003	mar-11	208
feb-91	13/03/2003	abr-11	207
mar-91	13/03/2003	may-11	206
abr-91	13/03/2003	jun-11	205
may-91	13/03/2003	jul-11	204
jun-91	13/03/2003	ago-11	203
jul-91	13/03/2003	sep-11	202
ago-91	13/03/2003	oct-11	201
sep-91	13/03/2003	nov-11	200
oct-91	13/03/2003	dic-11	199
nov-91	13/03/2003	ene-12	198
dic-91	13/03/2003	feb-12	197
ene-92	13/03/2003	mar-12	196
feb-92	13/03/2003	abr-12	195
mar-92	13/03/2003	may-12	194
abr-92	13/03/2003	jun-12	193
may-92	13/03/2003	jul-12	192
jun-92	13/03/2003	ago-12	191
jul-92	13/03/2003	sep-12	190
ago-92	13/03/2003	oct-12	189
sep-92	13/03/2003	nov-12	188
oct-92	13/03/2003	dic-12	187
nov-92	13/03/2003	ene-13	186
dic-92	13/03/2003	feb-13	185
ene-93	13/03/2003	mar-13	184
feb-93	13/03/2003	abr-13	183
mar-93	13/03/2003	may-13	182
abr-93	13/03/2003	jun-13	181

may-93	13/03/2003	jul-13	180
jun-93	13/03/2003	ago-13	179
jul-93	13/03/2003	sep-13	178
ago-93	13/03/2003	oct-13	177
sep-93	13/03/2003	nov-13	176
oct-93	13/03/2003	dic-13	175
nov-93	13/03/2003	ene-14	174
dic-93	13/03/2003	feb-14	173
ene-94	13/03/2003	mar-14	172
feb-94	13/03/2003	abr-14	171
mar-94	13/03/2003	may-14	170
abr-94	13/03/2003	jun-14	169
may-94	13/03/2003	jul-14	168
jun-94	13/03/2003	ago-14	167
jul-94	13/03/2003	sep-14	166
ago-94	13/03/2003	oct-14	165
sep-94	13/03/2003	nov-14	164
oct-94	13/03/2003	dic-14	163

Del mismo reporte de semanas cotizadas en pensiones, permite evidenciar que en efecto los periodos en mora cancelados por el empleador correspondiente al ciclo – *enero 1983 a diciembre de 1994*- no fueron contabilizados como; “*pago aplicado al periodo pagado*” sino recibidos por la pasiva bajo la anotación “*ciclo doble*”, registrando dicho pago por el periodo de –*marzo de 2003 a diciembre de 2014*-, tal como observa en la Resolución SUB 62859 del 6 de marzo de 2018, inconsistencia que a la postre obstaculizó el derecho a la pensión de vejez, pues lo anterior se advierte del resumen que reportó la pasiva, veamos:

[1]Identificación Aportante	[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4]Hasta	[5] Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
11060101393	RONIS JOSE RICARDO	01/04/1979	31/08/1979	\$ \$4.410	21,86	0,00	0,00	21,86
1001300010	PARKER DRILLING COMP	04/01/1981	11/03/1981	\$ \$11.850	9,57	0,00	0,00	9,57
19164349	RONIS ALCALAY JOSEPH	01/01/1995	31/12/1995	\$ \$118.934	51,43	0,00	0,00	51,43
19164349	RONIS ALCALAY JOSEPH	01/01/1996	31/12/1996	\$ \$142.125	51,43	0,00	0,00	51,43
19164349	RONIS ALCALAY JOSEPH	01/01/1997	31/10/1997	\$ \$172.005	42,86	0,00	0,00	42,86
19164349	RONIS ALCALAY JOSEPH	01/11/1997	31/12/1997	\$ \$240.000	8,57	0,00	0,00	8,57
19164349	ROVIS ALCALAY JSOEPH	01/01/1998	31/12/1999	\$ \$284.000	102,71	0,00	0,00	102,71
19164349	ROWIS ALCALAY JOSEPH	01/01/2000	31/07/2001	\$ \$358.000	81,43	0,00	0,00	81,43
19164349	RONIS ALCALAY JOSEPH	01/09/2001	28/02/2003	\$ \$358.000	77,14	0,00	0,00	77,14
19164349	RONIS ALCALAY JOSEPH	01/06/2003	30/06/2003	\$ \$358.000	3,71	0,00	0,00	3,71
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								450,71

De lo anterior, se tiene que como lo ha precisado de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, es obligación de las entidades de seguridad social velar por el cumplimiento en el pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, para lo cual la legislación les ha

dado las herramientas necesarias a fin de obtener en forma coactiva el pago de los aportes y de los intereses de mora por el pago inoportuno de los mismos, sin que puedan trasladarse las consecuencias negativas de la omisión del empleador en el pago de los aportes, cuando la administradora no cumplió con su deber de cobro de los aportes, pues el afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa (CSJ SL1624-2018, SL 5153-2020).

En ese orden, como la entidad demandada no demostró en el proceso el cobro coactivo oportuno de tales aportes, en los términos de la jurisprudencia aducida, no podrían trasladarse al demandante las consecuencias adversas del incumplimiento de su empleador y de la omisión de la entidad de seguridad social en el cobro oportuno de tales aportes. Aunado, que la pasiva para el caso de autos, aceptó el pago de los ciclos en mora efectuados por su ex empleador y ni siquiera a la luz de lo expuesto en el Decreto 2665 de 1988, podrían desestimarse esos periodos en mora en la contabilización de las semanas para acceder a la pensión de vejez, en tanto ello solo es posible cuando, de manera previa a la causación del derecho, se ha declarado las cotizaciones como incobrables, lo cual no aparece evidenciado en el asunto que nos ocupa. Al efecto, el artículo 75 de esa normativa dice:

“EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.

Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar”.

Disposición transcrita que, conforme a l

a providencia CSJ SL, 19 mayo 2009, rad. 35777, consiste en que:

[...] las consecuencias de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia”.

Cabe agregar que, en la CSJ SL, 28 agosto 2012, rad. 44202), se precisó que: *«una vez causado el derecho pensional, cualquier procedimiento de cobro infructuoso no enerva ese derecho, de lo que surge, que en manera alguna se pueda otorgar la pensión de manera provisional, pues lo que se castiga es la negligencia del ISS al no efectuar oportunamente las acciones de cobro pertinentes».*

Según lo expuesto, habrá de tenerse en cuenta en el presente caso los períodos en mora y aceptados por la Administradora pero aplicados a periodo posteriores bajo la denominación de “ciclo doble”, que equivalen a 617,76 semanas adicionales a las registradas en su historia laboral, para un total de 1067,76 semanas que corresponden a toda la vida laboral, razón por la cual se concluye, que el demandante no solo logró extender el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hasta diciembre de 2014, sino que además, antes de esa calenda, acreditó los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, en aplicación de lo dispuesto en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad. Lo anterior, si se tiene en cuenta que se tiene que el actor registra un total de 903 semanas de cotización al ISS, hoy COLPENSIONES, entre el 7 de mayo de 1980 al 7 de mayo de 2000, data última en que alcanzó los 60 años de edad.

En cuanto al disfrute de la pensión, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que dicha prestación se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, previa desafiliación al régimen y teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

En tal sentido, se encuentra que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha morigerado el entendimiento de

esta disposición legal, al señalar que el acto de desafiliación al régimen puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional (CSJ SL 38776, 1 de feb. 2011, CSJ SL4611-2015; CSJ SL 18447-2016, CSJ SL5603-2016, CSJ SL9036-2017 y CSJ SL963-2018).

Pese a que el disfrute de la pensión procedía desde el 1° de agosto de 2003, conforme a lo explicado en precedencia, por cuanto el gestor efectuó su última cotización para el ciclo de julio de 2003 (fs. 20-32 archivo 26), debe decirse que se configuro parcialmente la excepción de prescripción, pero no de la forma como lo concluyó el *A quo*, por las siguientes razones:

En lo que respecta al fenómeno de la prescripción, regulado por los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los cuales contienen el término de 3 años para activar el aparato jurisdiccional contados desde que el derecho se ha hecho exigible con la posibilidad que dicho término prescriptivo se interrumpa con la presentación de la primera reclamación administrativa, a menos que se trate como en el presente caso de una prestación periódica como es el pago de las mesadas pensionales, caso en el cual se presentan varias interrupciones del término prescriptivo, tal como lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 794-2013, N°41281 del 13 de noviembre de 2013, a través de la cual determinó que en los casos en lo que se tratara de prestaciones cuya causación fuese periódica como en el caso de las pensiones, se podían presentar múltiples interrupciones para efectos del conteo del término prescriptivo, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores porque aún no se han causado.

Bajo tal premisa, la primera solicitud de reconocimiento pensional radicada por el actor data del 7 de junio de 2005, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 000298 de 2006 (f. 204 archivo 26), inconforme con la negativa presentó recurso de reposición y apelación, siendo éste último resuelto mediante Resolución No. 001775 del 16 de octubre de 2007, y notificado

personalmente al actor el 11 de junio de 2008, tal como se evidencia en la rúbrica hecha por el afiliado al final de la Resolución, lo que significa que el actor contaba hasta el 11 de junio de 2011 para reclamar dichas mesadas pensionales y no lo hizo, por tanto el retroactivo pensional desde el 1 de agosto de 2003 hasta el 11 de junio de 2011, se vio afectado por el fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, el actor elevó una segunda reclamación, esto es, el 7 de diciembre de 2017, la cual fue resuelta mediante Resolución SUB 62859 del 6 de marzo de 2018, iniciando su conteo nuevamente por el término de 3 años para la radicación de la demanda, término que vencía el 6 de marzo de 2021 y dado que la demanda fue presentada en la oficina judicial el 19 de febrero de 2019 (dentro del término trienal), no se encuentran prescritas las mesadas pensionales generadas a partir del 7 de diciembre de 2014.

Conforme a lo anterior, se modificará la condena de instancia en el sentido de condenar al pago de retroactivo pensional a partir del 7 de diciembre de 2014, y se modificará los ordinales segundo y tercero, en el sentido de condenar al pago del retroactivo pensional a partir del 7 de diciembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2023, en los términos del artículo 283 del Código General del Proceso.

En lo que se refiere a la cuantía de la pensión de vejez, ésta debe regirse por las reglas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por faltarle más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión desde la entrada en vigencia del sistema pensional, es decir, que aquel se calcula con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión exclusivamente, por cuanto cotizó únicamente 1067,76. Es así que, al realizar las respectivas operaciones aritméticas, la pensión resultaría inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo que siguiendo los lineamientos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, según el cual *“El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”*, la misma quedará fijada en el valor establecido para el año 2014 por el Gobierno Nacional, equivalente a \$616.000. Aspecto que no fue materia de apelación por parte del demandante y a surtir el grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones no podrá hacerse más gravosa la situación de Colpensiones.

De otro lado, se tiene que, por haberse causado el derecho pensional en mayo del año 2010, por cuanto para dicha data el gestor había superado con largueza la edad para pensionarse y había alcanzado el requisito mínimo de mesadas dispuesto en la normatividad aplicable a su caso (Art. 12 Ac. 049 de 1990), la prestación debe pagarse en 14 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en cuenta su cuantía equivalente a un salario mínimo legal.

En esa medida, el valor que el retroactivo pensional calculado desde el 7 de diciembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2023 asciende a la suma de \$99.749.192.

AÑO	No. MESADAS	MESADA	RETROACTIVO
2014	2	\$616.000	\$1.232.000
2015	14	\$644.350	\$9.020.900
2016	14	\$689.455	\$9.652.370
2017	14	\$737.717	\$10.328.038
2018	14	\$781.242	\$ 10.937.388,00
2019	14	\$828.116	\$ 11.593.624,00
2020	14	\$877.803	\$ 12.289.242,0
2021	14	\$908.526	\$ 12.719.364,00
2022	14	\$1.000.000	\$ 14.000.000,00
2023	7	\$1.160.000	\$8.120.000
			\$99.892.296

En cuanto a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se pone de presente que tienen un carácter eminentemente resarcitorio, mas no sancionatorio, por lo que no es necesario analizar la conducta de la entidad en el momento de denegar la prestación, a excepción de los casos en que las entidades se abstienen de otorgar al derecho pensional con amparo en el ordenamiento legal vigente o en reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas, lo que no acontece en el *sub lite*.

Incluso, lo que ha considerado la Corte tratándose de pensiones que se otorgan bajo el Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición, es su

procedencia, tal como se expuso en sentencia CSJ SL2662-2020, en la que se dijo:

“Con relación a los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es oportuno señalar que su causación opera de manera automática cuando a partir del momento de la solicitud la prestación no se otorga en los plazos establecidos en las disposiciones legales (CSJ SL4601-2019). Asimismo, que en reciente decisión la Corte señaló que lo dispuesto en aquel precepto aplica a todo tipo de pensiones legales que sean reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, incluidas las del régimen de transición (CSJ SL 75127, 3 jun. 2020).

Pues bien, en este asunto la accionante solicitó la pensión de vejez el 9 de abril de 2008, de modo que la entidad tenía plazo hasta el 9 de agosto de la misma anualidad para reconocer tal prestación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.

Y en decisión CSJ SL1190-2022, se manifestó:

“Por último, se advierte que los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 son procedentes en este asunto, pues esta Sala de la Corte ha señalado en múltiples pronunciamientos que las pensiones reconocidas en los términos del Acuerdo 049 de 1990 pertenecen al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, al sistema general de pensiones, de modo que el legislador contempló su procedencia por el retardo en el pago de las mesadas pensionales a cargo de la entidad obligada a reconocerlas, sin que el juez tenga que analizar el actuar de aquella respecto al trámite de la prestación” (CSJ SL4011-2019, SL1243-2019, SL5566-2018 y SL1681-2020).

Por lo anterior, se equivocó el juez de primer grado en su determinación de exonerar a la pasiva de los intereses moratorios, toda vez, que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el SGSS le entregó a las administradoras las herramientas o medios necesarios para requerir a los empleadores a efectos de corregir las *“inconsistencias”* y que en el evento de no recibir respuesta procediera con el *«proceso administrativo correspondiente»*, omitiendo la pasiva adelantar las acciones de cobro a su cargo, criterio acogido de antaño por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, a cita de ejemplo véase la sentencia del 28 de octubre de 2008, radicado 34.270. De igual forma, la pasiva desentendió las innumerables solicitudes de corrección de historia laboral, frente a los ciclos en mora pagados por el empleador que no fueron tenidos en cuenta para los periodos a declarar, vélgase decir *marzo 1983 y octubre de 1994*.

En consecuencia, se condenará a COLPENSIONES a reconocer y cancelar al demandante, los intereses moratorios a partir del día 8 de abril del 2018, de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993, más los que se sigan causando hasta que se haga efectivo el pago, conforme la parte motivo de esta sentencia.

Sin costas en esta instancia, al prosperar el recurso de apelación, de conformidad a lo establecido en el artículo 365 del CGP, en aplicación analógica del artículo 145 del CPT y la SS.

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 LOS ORDINALES PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia del 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la pensión de vejez reconocida al demandante **BONIFACIO MÉNDEZ RODRÍGUEZ** identificado con C.C. 190.540, es a partir del 7 de diciembre de 2014 y el retroactivo pensional a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la suma de \$ **\$99.892.926** a razón de 14 mesadas anuales desde el 7 de diciembre de 2014 al 30 de junio de 2023. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud.

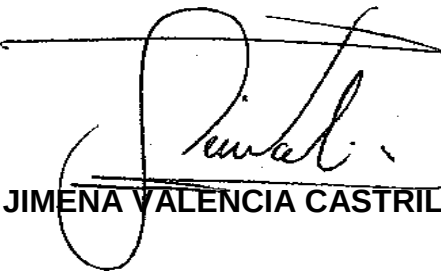
SEGUNDO: REVOCAR el ORDINAL TERCERO de la sentencia del 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y cancelar al demandante **BONIFACIO MÉNDEZ RODRÍGUEZ** identificado con C.C. 190.540, los intereses moratorios a partir del día 8 de abril de 2018, de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 de 1993, más los que se sigan causando hasta que se haga efectivo el pago, conforme la parte motivo de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS.

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:	11001-31-05-037-2020-00190-02
DEMANDANTE:	BERTHA OCHOA MANCIPE
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 28 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	MODIFICA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente a la sentencia del 28 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **BERTHA OCHOA MANCIPE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con radicado No. **11001-31-05-037-2020-00190-02**.

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

DEMANDA¹

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de COLFONDOS S.A., declarando además que permaneció afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a las demandadas que realicen los trámites a que haya lugar para activar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES y que sea esta entidad la que realice el proceso de validación de traslado de sus aportes; ordenar a COLFONDOS S.A. que efectúe la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a COLPENSIONES y que asuma los menores valores frente a la cotización; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de mayo de 1.952, motivo por el cual al 1º de abril de 1994 contaba con 41 años y cumplió 55 años el 20 de mayo de 2007. Que estuvo vinculada al ISS hoy Colpensiones desde el 4 de mayo de 1.976. Que en el año 1.999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., porque la respectiva asesora le indicó que era una realidad la terminación del ISS, aunado a que el valor de su derecho pensional sería superior en el fondo privado, sin indicarle información adicional. Que en el momento de traslado no existió asesoría alguna, pues no le fue referido que era beneficiaria del régimen de transición, ni tampoco se le informó de manera oportuna, veraz y eficaz, de suerte que pudiera conocer que con el traslado perdería el régimen de transición, desconociendo las implicaciones y consecuencia de dicho acto. Que solicitó ante las accionadas la nulidad de su traslado de régimen pensional, sin embargo, ambas emitieron respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la misma se presentó en virtud de su derecho

¹ Páginas 1 a 22 Archivo 01 Expediente Digital

a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Añadió que los asesores comerciales de la AFP brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica².

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la AFP Colfondos S.A. cumplió con el deber de información, por cuanto esta, se ha hecho presente desde la antesala de la afiliación hasta la actualidad en la que la demandante aún se encuentra afiliada, interregno en el cual, debe de conocer por su propia cuenta la norma que regula el régimen para el cual efectúa sus aportes, pues el artículo 11 del Código Civil es claro al manifestar que los efectos de la ley se surten a partir de su promulgación, lo que hace imperioso el conocimiento de la norma que regula los derechos, deberes y obligaciones como afiliado de un régimen, el cual, sin lugar a equívocos regula el artículo 59 y s.s. de la Ley 100 de 1993, así mismo al ser taxativas las causales de nulidad resulta necesario que se prueben dentro del proceso.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, falta de reclamación administrativa, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica³.

² Páginas 3 a 30 Archivo 05 Expediente Digital.

³ Páginas 2 a 16 Archivo 07 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 30 de abril de 1999 a través de la AFP COLFONDOS S.A, y en consecuencia, declaró válida la afiliación de la demandante al RPM administrado por Colpensiones; condenó a COLFONDOS S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; declaró no probadas las excepciones formuladas; condenó en costas a COLFONDOS S.A.

En adición de la sentencia, el Juzgado de Conocimiento ordenó a Colfondos S.A. realizar los trámites legales pertinentes para efectos de la devolución del valor y anulación de los actos administrativos que reconocieron el bono pensional ante el Ministerio de Hacienda, como quiera que el mecanismo de financiación en el RPM no resulta ser el mismo en el RIAS.

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, quien era beneficiaria del régimen de transición, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no emana del formulario de afiliación suscrito por la convocante; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Añadió que no es procedente la indexación de las sumas objeto de devolución, conforme lo ha definido el Tribunal Superior de Cali, pues con la devolución de la totalidad de los rendimientos financieros se logra compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el traslado de la demandante se efectuó con su plena voluntad, materializada en el formulario de afiliación suscrito el 30 de abril de 1.999, lo cual se ha visto ratificado con los aportes que ha realizado por más de 20 años para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el RAIS. Añadió que hasta el año 2016 los fondos de pensiones cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para demostrar la voluntad del afiliado, como quiera que las leyes surgidas entre 1999 y 2016 no exigían nada diferente a dicho documento, por lo que poner cargas adicionales en la AFP genera una imposibilidad en su cumplimiento.

Refirió que las características, condiciones y modalidades pensionales, se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993, la cual al tener el carácter de norma nacional debe ser del conocimiento de todos los ciudadanos en los términos del artículo 11 del C.C., por tanto no es dable atribuir a la AFP la responsabilidad de omitir información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley. Señaló que conforme al Decreto 2241 de 2010 los afiliados al sistema de pensiones tienen obligaciones como consumidores financieros, dentro de las cuales se tiene emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como es la afiliación, el traslado de administradora de régimen, la selección de modalidad de pensión y la entidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia y la elección del tipo de fondos dentro del esquema multifondos, según sea el caso, siendo evidente que el deber de información se integra por una parte con la obligación de asesoría que deben suministrar las AFP a los potenciales afiliados, pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros.

Manifestó que la inconformidad de la actora sobre su permanencia en el RAIS, solo gira en torno al valor de lo que sería la eventual mesada pensional que reconocería Colfondos en contraposición a la que le otorgaría Colpensiones, situación que se encuentra claramente definida en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, siendo evidente que el valor de la

mesada pensional no obedece a un capricho de las AFP, situación que no puede dar lugar a la declaratoria de ineficacia de traslado.

Concluyó advirtiendo que no se puede dejar de lado el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la CP, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, pues la decisión de primer grado impacta la reserva pensional, teniendo en cuenta la variación porcentual del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en el RPM y la carga que generaría en los demás afiliados un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante, que no ha construido el derecho en dicho régimen.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que se le brindó a la demandante información, clara, oportuna y necesaria, pues de otro modo no podría entenderse que suscribió el formulario de afiliación a la administradora y que hizo todos los trámites tendientes al reconocimiento de la pensión de vejez, frente a los cuales posteriormente, desistió por no satisfacerle el monto que le estaba ofreciendo el fondo de pensiones, agregando que también hizo trámites para que se le redimiera el bono en la cuenta de ahorro individual, el cual ya se encuentra acreditado. Señaló que ante la improcedencia de la ineficacia del traslado, no hay lugar a retornar gastos de administración, seguros previsionales y descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima.

Finalmente, dijo que de confirmarse la decisión, se debe revocar la adición de la misma relativa a que Colfondos realice todos los trámites pertinentes para anular el bono pensional, pues la entidad no puede asumir dicha carga, porque se estarían afectando los actos administrativos que emitió la OBP Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ente que no se vinculó al proceso por orden del Juzgado de Conocimiento, conformada por su superior, siendo Colfondos un tercero que no ejecuta los trámites tendientes al reconocimiento de dicho bono.

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 BERTHA OCHOA MANCIPE al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, e igualmente, definir si la AFP en mención está llamada a realizar los trámites administrativos respectivos para obtener la anulación del bono pensional reconocido a la activa.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** (Página 65 archivo 01 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e

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

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **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, 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 en junio de 1999 la visitó a su oficina una señora, quien la invitó a que se trasladara a Colfondos S.A., porque dicha sociedad ofrecía mejores ventajas y para época se tenía la crisis del Seguro Social, de manera que cuando se le entregó el formulario de afiliación, procedió a firmarlo. Que como desventajas se le indicó que el ISS se acabaría y como ventajas se le informó que en Colfondos tendría mayor estabilidad, con mejores opciones de pensionarse, sin dar mucha explicación. Que solicitó

el reconocimiento de la pensión, pero no estuvo de acuerdo con lo ofrecido por el Fondo Privado, que equivalía a un salario mínimo, por ende, decidió iniciar el presente proceso, acotando que, si bien se le inició el trámite del reconocimiento del bono pensional, ella desistió del otorgamiento de la pensión de vejez. Que a la data de traslado desconocía su condición de beneficiaria del régimen de transición (Min. 24:00 a 45:00 archivo 21 del Expediente Digital).

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

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. (…)” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sin embargo, debe resaltarse que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, pues contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, ello no implica una doble sanción, como quiera que 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, dado 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, motivo por el cual se modificará la sentencia sobre este puntual aspecto, para que dichos rubros, sean devueltos debidamente indexados por parte de la AFP demandada, lo cual es procedente en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

De otro lado, debe decirse sobre el bono pensional que, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia anotada, el reintegro a Colpensiones, incluye, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, de suerte que en caso de ya encontrarse en la cuenta de ahorro individual de la activa el valor de dicho bono, este debe ser trasladado a Colpensiones, como quiera que ello será utilizado para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo del caso modificar igualmente

la decisión en este aspecto, pues Colfondos S.A. no está llamada a efectuar ningún trámite tendiente a buscar la anulación del bono pensional, pues se insiste, este debe remitirse a Colpensiones en caso de encontrarse acreditado su valor en la cuenta de ahorro individual de la señora Ochoa Mancipe; en caso contrario, todos los actos administrativos expedidos sobre el bono por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público son del resorte y de competencia de esta entidad.

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

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

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

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

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

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso de apelación de Colfondos S.A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 28 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá y su adición, en el sentido de **CONDENAR** a la

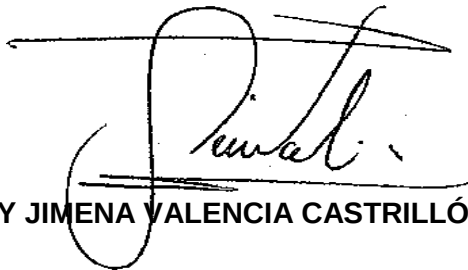
demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales ya acreditados en la cuenta de la activa, así como los rubros debidamente indexados de gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propias utilidades, sin que COLFONDOS S.A., deba asumir ningún trámite de anulación de bono pensional, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TECERO: SIN COSTAS en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso de apelación de Colfondos S.A.

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:	11001-31-05-038-2021-00383-01
DEMANDANTE:	ROSA YANETH ARÉVALO ARÉVALO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 15 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta (30) de junio 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 demandante respecto de la sentencia del 15 de mayo de 2023., proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ROSA YANETH ARÉVALO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A**, con radicado No. **11001-31-05-038-2021-00383-01**.

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

DEMANDA¹

La señora ROSA YANETH ARÉVALO ARÉVALO a través de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Protección S.A., todo ello, por omisión en el deber de información por parte de la AFP; como consecuencia, se declare que para todos los efectos jurídicos la actora siempre ha permanecido en el RPMD, que se condene a Protección S.A. a trasladar todos y cada uno de los valores que posee en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, incluyendo todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por conceptos de aportes obligatorios y rendimientos, que se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación y recibir todos los anteriores emolumentos, condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resulta inexistente la afiliación de la AFP Protección S.A., que se condene en igual forma a Protección a devolver todas las sumas de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos, aportes, y se ordene a Colpensiones a reactivar a la actora en el RPM y aceptar los valores devueltos.

Como fundamento de su pentitum, manifestó que nació el 1 de junio de 1960, motivo por el cual a la fecha cuenta con 60 años; además, que estuvo afiliada al otrora ISS desde el 13 de noviembre de 1981, cotizando 71.9 semanas. Añadió que se trasladó a Protección, sin tener información clara y veraz de las consecuencias de su decisión, que la AFP del RAIS omitió dar una información real acerca de las ventajas y desventaja sobre el cambio de régimen pensional. Adujó, que el asesor comercial tampoco le comunicó que

¹ Folios 1 a 42 archivo 01 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

el valor de la pensión en el RPM no está sujeta al comportamiento de la economía y mercado financiero, mientras que, en el RAIS, el monto acumulado por los afiliados si depende del mercadeo financiero, que puede variar de forma muy desventajosa. Concluyó refiriendo que elevó ante ambas demandadas solicitudes de nulidad de traslado al RAIS, respecto de las cuales Colpensiones se pronunció en sentido negativo, mientras que la AFP Protección S.A., le informó que la afiliación se presume legal y sólo podrá desvirtuarse cuando la autoridad competente, establezca la falsedad en la suscripción de éste.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La referida Administradora se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la parte activa se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues no probó error, fuerza o dolo en la afiliación de la AFP Protección S.A; aunado a que el traslado de aportes realizado por solicitud de la activa, tuvo lugar con su plena voluntad, quien por decisión propia suscribió el formulario de afiliación a Protección S.A, cumpliendo con los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, al igual que en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Resaltó, que resulta inverosímil que la actora, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión que ello implicaba, y no fue sino hasta después de más de 20 años que al encontrarse afiliado decida solicitar el traslado. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, su vinculación al otrora ISS hoy Colpensiones y las semanas cotizadas como la reclamación elevada.

² Folios 1-16 archivo 06 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

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

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

La demandada Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que el acto de afiliación se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, asesorándosele acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Agregó que la accionante de su puño y letra suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la AFP, así como tal documento lo expresa, por manera que no es procedente acceder a las pretensiones invocadas al existir una aceptación de elección de régimen consagrado en los artículos 12 y 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, que no se aportaron elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación de la activa fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento.

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

³ Folios 3- 32 archivo 08 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de mayo de 2023, absolvió a las demandadas Colpensiones y Protección S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y gravó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, inició el *A quo* por señalar los hechos exentos de debate al no existir oposición por parte de las demandadas, dio por cierto que la actora inició su vinculación al Sistema General de Seguridad Social en el extinto ISS hoy Colpensiones, y cotizó un total de 71.14 semanas, y que el 1 de junio de 2001, se trasladó al RAIS a través de Protección S.A.

Luego, advirtió que el formulario de afiliación obrante en el cartapacio contaba con la rúbrica o firma de la demandante, avalando que recibió información verídica del traslado, que al revisar la demanda junto con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, adujo encontrar una serie de inconsistencias entre los hechos del escrito introductorio y los dichos de la propia actora, pues a la pregunta que informará las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la afiliación al RASI, contestó que no recibió asesoría de ningún tipo por parte de Protección S.A, toda vez, que fue su empleador quien le entregó el formulario de afiliación y procedió a firmarlo, desconociendo si entre la AFP y su empleador existía algún tipo de convenio, afirmación que para el Juez de primera instancia se contradice con lo expuesto en los hechos de la demanda, al señalar que el asesor del fondo no le brindó una información suficiente acerca de las características de cada régimen, ni en qué consistía los parámetros para la liquidación de su mesada pensional en cada régimen. Sostuvo, que la actora se vinculó al RAIS de manera libre sin ningún apremio, lo que significa que no existieron vicios del consentimiento, como error, fuerza o dolo. En consecuencia, al no acreditarse los hechos de la

demanda en la forma que fueron planteadas negó las pretensiones relativas a la ineficacia de traslado.

REURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante**, ruega la revocatoria integra de la sentencia, para en su lugar dar avance a las pretensiones de la demanda, adujo que el Juez de primera instancia, desconoció el precedente jurisprudencial al invertir la carga de la prueba y relevar a Protección S.A., de su deber de demostrar que entregó información necesaria, eficaz, oportuna y suficiente sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, que si bien en la demanda se consagró que el asesor omitió en dar una información completa y en el interrogatorio se expresó que nunca se recibió, lo cierto es que la demandada omitió el deber de acreditar sus obligaciones que le correspondía como Administradora de Pensiones en brindar una orientación y entregar una información de las consecuencias de traslado. Por último, que por el solo hecho que la actora solo contará con 71 semanas de cotización, no es óbice para declarar la ineficacia 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

En escrita consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se equivocó el Juez de primera instancia al concluir que no se cumplen los

presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ROSA YANETH ARÉVALO ARÉVALO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

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

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

Bajo los anteriores derroteros, no comparte esta Sala lo concluido por el Juez de primera instancia, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Rosa Yaneth Arévalo “*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones (...)*”, como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado. Aunado, que la única prueba que arrió en relación con el actor de la afiliación al RAIS, es la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (fl. 52), sin que se pueda deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que esta

pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad no cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la actora a **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio 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, si bien la actora en el interrogatorio de parte manifestó que, para la fecha de traslado, esto es, en el mes de junio de 2001, no recibió una asesoría por parte de Protección S.A. ni le fue informado acerca de los riesgos, ventajas o desventajas del traslado del régimen, sino se vio encaminada a trasladarse por razones laborales. (*conteo de audio 7:00 a 10:46*). Para esta Sala, más allá de existir una contradicción con lo narrado en la demanda, al señalar la actora que recibió una información incompleta cuando lo cierto era que nunca la recibió. Lo anterior, solo permite ratificar que la demandada PROTECCIÓN S.A. no acreditó esa prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las

incidencias aparejadas con la decisión del traslado. En consecuencia, ante el yerro decisorio por parte del *A quo*, se declarará la ineficacia de traslado de régimen pensional que efectuó la actora el 1 de junio de 2001 a Protección S.A., y se ordenará a esta última remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

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

Conforme con lo anterior, deberá 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, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a

devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

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

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

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

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

Dilucidado lo anterior, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera y tampoco repercute 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 excepción de prescripción formulada por la pasiva, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será Revocada en su integridad. Sin costas de instancia por haber prosperado el recurso formulado. Costas de primera instancia, a cargo de las demandadas y a favor de la demandante, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, Líquidense por el Juzgado de origen.

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 15 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Para en su lugar **DECLARAR la ineficacia de traslado** efectuado por la demandante **Rosa Yaneth Arévalo Arévalo** el día 1 de junio de 2001, a **PROTECCIÓN S.A.**, por cuanto no se demostró el consentimiento voluntario e informado según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A. hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **Rosa Yaneth Arévalo Arévalo**, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia , y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados que le hubiere descontado a la demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta del pago efectivo a Colpensiones de las sumas ordenadas correspondientes a la demandante, así mismo deberá entregar la documental que informe lo recibido por Protección S.A. por cotizaciones, rendimientos, intereses, bonos, que den a conocer ciclos cotizados IBC, valor cotización y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

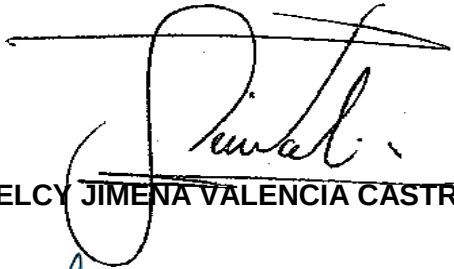
PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora **Rosa Yaneth Arévalo Arévalo**, al Régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto.

QUINTO: SIN COSTAS de instancia. Costas de primera a cargo de PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, inclúyase la suma de 1 SMLMV para cada una. Liquídense en el juzgado de origen.

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:	11001-31-05-039-2021-00421-01
DEMANDANTE:	MARÍA DEL PILAR DEL DIVINO NIÑO URREA VANEGAS.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación Sentencia 9 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Intereses moratorios
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta frente a lo no apelado, respecto de la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA DEL PILAR DEL DIVINO NIÑO URREA VANEGAS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** con radicado No. **11001-31-05-039-2021-00421-01**.

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

DEMANDA¹

La señora MARÍA DEL PILAR DEL DIVINO NIÑO URREA VANEGAS a través de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 a partir del 1° de marzo de 2021, día siguiente a la última cotización, junto con las mesadas pensionales desde dicha hasta que se efectúe el pago, aparejado con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 2 de septiembre de 1957, que el 2 de septiembre de 2014, alcanzó la edad de 57 años, que cotizó al Régimen de Prima Media desde el 9 de febrero de 1978 hasta el 28 de febrero de 2021, para un total de 1344 semanas. Que el 9 de octubre de 2020, radicó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo rechazada bajo el argumento que la información del documento de identidad no coincide al 100% con la información consultada en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Agregó que el 7 de noviembre de 2020, la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió certificado de cédula vigente de la actora donde certifica la información y estado que corresponde a la cédula de la señora Urrea Vanegas. En consecuencia, el 13 de diciembre de 2020, radicó ante la Administradora el certificado de cédula vigente expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, y solicitó darle trámite y continuidad a la pensión de vejez, sin advertir ninguna inconsistencia ni falencia a corregir, sin embargo, han pasado ocho meses de radicada la anterior petición, sin que la pasiva se hubiere pronunciado.

¹ Folios 1 a 7 archivo 001 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.²

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la demandante a la fecha no ha completado con la radicación de los documentos requeridos en la comunicación de 21 de diciembre de 2021, radicado BZ2020_13058947-2729521. Frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, las semanas cotizadas y las reclamaciones elevadas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, No configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, Prescripción, No configuración del derecho al pago del I.P.C ni de indexación o reajuste alguno, Cobro de lo no debido, Buena fe de Colpensiones, Presunción de legalidad de los Actos administrativos, Compensación, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y Genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de mayo de 2023, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 31 de marzo de 2021 hasta el 31 de marzo de 2023, sobre las mesadas pensionales reconocidas en la Resolución No. SUB30847 del 6 de febrero de 2023, declaró no probadas las excepciones de “*no configuración del pago de intereses moratorios y prescripción*” y gravó en costas a la pasiva.

² Folios 3-13 del archivo 06 del expediente digital.
Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo* que atendiendo que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante Resolución No. SUB30847 del 6 de febrero de 2023, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2023, con efectividad desde el 1 de marzo de 2021, tal como fuere solicitado por la demandante en su petitorio, estableció como problema jurídico a resolver si la actora tiene derecho o no al pago de intereses moratorios. Explicó, que la parte actora el 2 de septiembre de 2020, radicó petición de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, sin embargo, fue objeto de rechazó bajo el argumento que el documento de identidad no coincide al 100% con la información consultada en la Registraduría Nacional del Estado Civil, seguidamente aportó certificado de vigencia expedido por la anterior entidad sin advertir o evidenciar algún tipo de inconsistencia. Por tanto, el 13 de diciembre de 2020., volvió a radicar petición de reconocimiento aduciendo que no existe inconsistencia en su documento de identidad.

Consideró, la Juez de instancia, que a partir del 2 de septiembre de 2020, la entidad demandada contaba con 4 meses para reconocer la prestación, y 2 meses para la inclusión en nómina, esto es, hasta el 31 de marzo de 2021, sin embargo, esta fue reconocida desde el 1 de marzo de 2021 mediante acto administrativo SUB30847 del 6 de febrero de 2023, después de vencido el término en mención, de suerte que proceden los intereses moratorios reclamados desde el 31 de marzo de 2021 y hasta el 31 de marzo de 2023, dado que la activa fue incluida en nómina en marzo de esta última anualidad. Agregó que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, los intereses moratorios son procedentes cuando la administradora de pensiones no realizó el reconocimiento pensional en debida forma y omitió el pago que por derecho le corresponde a la activa. Concluyó indicando que no se encuentra demostrada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA** formuló recurso de apelación, argumentando no estar conforme con la condena atribuida con base al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adujo que la Administradora resolvió de fondo la petición de

reconocimiento y pago de la pensión de vejez dentro de los cuatro meses señalados por la norma.

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 **MARÍA DEL PILAR DEL DIVINO NIÑO URREA VANEGAS** es beneficiaria de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

STATUS DE PENSIONADA

Al analizar las pruebas allegadas al plenario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, se colige que a la señora María del Pilar del Divino Niño Urrea Vanegas le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución SUB30847 del 6 de febrero de 2023, a partir del 1º de marzo de 2021 y en cuantía inicial de \$2.077.208, en aplicación a lo estatuido por el artículo 33 de la Ley 100 de 199, con las modificaciones del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme se observa en el archivo 12 expediente digital; de igual forma, se acreditó que la actora solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez desde el

2 de septiembre de 2020, según da cuenta el formato de solicitud de prestaciones económicas obrante en el expediente administrativo (archivo 6.1 del Expediente digital); comunicación de fecha del 9 de octubre de 2020, en que la pasiva le informa a la demandante inconsistencia en su documento de identidad.

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

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

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

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

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

En claro lo precedente, pertinente es subrayar que si bien las mesadas pensionales para la prestación de vejez se causan a la fecha de cumplimiento de los requisitos de Ley, los intereses moratorios no se reconocen desde dicha data, pues las entidades de previsión social cuentan con un periodo de exención en el otorgamiento, que corresponde a cuatro (4) meses contados desde la radicación de la solicitud pensional y, vencido dicho término, es que procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, en virtud del Parágrafo 1º, artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que a la letra reseña «*Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho*».

Supuestos fácticos que en el *examine* se evidencian cumplidos, pues es diáfano que la prestación pensional fue reclamada por María del Pilar del Divino Niño Urrea Vanegas desde el 2 de septiembre de 2020, cuando ya acreditaba los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, tales como edad (63 años) y densidad de cotizaciones (1,344 semanas) exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, aquélla fue reconocida solo hasta la Resolución SUB30847 del 6 de febrero de 2023, siendo oportuno acotar que para la fecha de la reclamación administrativa ninguna relevancia tenía la supuesta inconsistencia en su documento de identidad, porque como lo refirió el Juzgado de Conocimiento, nunca existió tal motivo de rechazo al ojear tanto la copia de la cédula aportada con la reclamación como del certificado expedido por la Registradora Nacional del Estado Civil que confirman que el número de identificación de la actora se encuentra vigente.

De tal manera que resulta evidente que se ha incurrido en mora por parte del extremo pasivo en el referido reconocimiento, como quiera que desde el 2 de septiembre de 2020, la demandante solicitó ante la entidad el reconocimiento de la pensión y por lo tanto el pago de las mesadas adeudadas, cuando además ya había acreditado los requisitos para el efecto, tal como lo admite la entidad demandada en la resolución prestacional, al reconocerla desde el 1º de marzo de 2021, lo que deja entrever una conducta omisiva e irresponsable de la llamada a juicio, pues es bien sabido que tratándose de derechos pensionales estos

deben observarse con la mayor pulcritud y responsabilidad, más aún cuando la mora de Colpensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez no se funda en ningún argumento válido.

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

En el asunto jurisdiccional, se tiene por tanto que los intereses moratorios se han generado sobre las mesadas que se han causado a favor de la convocante, los cuales corren desde el 2° de enero de 2021 (4 meses después de la reclamación) y hasta el 31 de marzo de 2023, sin embargo, la *A Quo*, consideró que los intereses corrían desde el 31 de marzo de 2021, al señalar que no eran cuatro meses sino seis meses, pues debía incluirse los dos meses de plazo para inclusión en nómina. Ahora bien, como tal situación no fue objeto de reproche por la parte actora y para no ser más gravosa la situación del apelante único se mantendrá la decisión que los intereses moratorios a pagar corren a partir del 31 de marzo de 2021 y hasta el 31 de marzo de 2023, sobre las mesadas pensionales reconocidas en la Resolución No. 30847 del 6 de febrero de 2023.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que al reclamarse el pago de la pensión de vejez el 2 de septiembre de 2020, e interponerse la demanda ordinaria laboral el 13 de septiembre de 2021 como figura en el acta individual de reparto (archivo 002 del expediente digital), resulta indudable que en el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo.

Puestas, así las cosas, se confirmará la decisión de instancia, pero por las razones expuestas anteriormente. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, dado el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

RESUELVE:

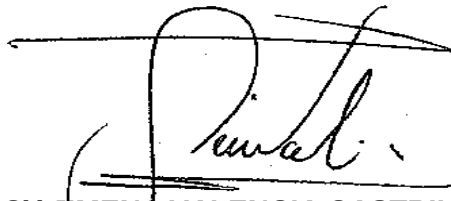
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 9 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

*Sala Laboral
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá*

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ